GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXIX - BOGOTA, COLOMBIA, ABRIL DE 1955 - NUMERO 2153

S A L A P L E N A

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º y 3º DEL DECRETO 2072 DE 1950, SOBRE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES DURANTE EL ESTADO DE SITIO. — ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DURANTE LA TURBACION DEL ORDEN PUBLICO. — NORMAS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EN TODO TIEMPO

1—Del artículo 1º de la Constitución, no puede deducirse un derecho a permanecer el ciudadano en el servicio público.

2—No pueden equipararse los procedimientos administrativos para separar del servicio público a un funcionario, con los juicios en que se controvierten los derechos. Por eso, no toca con los primeros el artículo 26 de la Constitución que reglamenta las condiciones para que una persona sea vencida en juicio.

3—Las facultades extraordinarias del Presidente de la República en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones.

Surgen, pues, los poderes presidenciales en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado.

4—No obstante el propósito de los constituyentes, de reducir a términos precisos el radio de acción presidencial frente a los preceptos del Estatuto que garantizan los derechos individuales y sociales y organizan las instituciones, la limitación no fue taxativa, y deja siempre como fuente de restricción de aquellos derechos y garantías los poderes extraordinarios del Presidente en el estado de sitio, correspondientes a su responsabilidad y a sus deberes que la Constitución le señala para la guarda del orden público.

Sin embargo, hay normas de la Constitu-

ción que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así, por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohibe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26, que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 38, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohibe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia.

5—Siendo los militares en servicio los agentes del Estado a quienes toca llevar las armas cuyo empleo incide de modo directo en la guarda del orden, ha de admitirse que el Presidente de la República, responsable de ella, debe tener una libre determinación sobre la permanencia de tales agentes en el servicio activo de las Fuerzas Militares.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá abril diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Adolfo Gómez Támara, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita de la Corte la declaración de inexequibilidad sobre las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto legislativo número 2072 de 1950.

"Artículo 1º—Mientras dure la emergencia de orden público, de que trata el considerando del presente Decreto, el Gobierno podrá disponer los retiros que encuentre necesarios en el personal de suboficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares.

"Artículo 2º—El retiro del personal a que se refiere el presente decreto, será dispuesto por los respectivos Comandos de Unidad Operativa, cuando el suboficial tenga menos del tiempo de servicio señalado para asignación de retiro, o por Resolución Ministerial del Ramo de Guerra y a petición de los expresados Comandos, en los demás casos.

"Artículo 3º—En cualquiera de los casos de que trata el presente decreto, serán enviados a la respectiva Oficina de Personal del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, los documentos en que se fundó tal determinación."

Considera el demandante que el Decreto acusado infringe las normas consignadas en los artículos 17, 26, 166 y 169 de la Constitución. El artículo 166 y el 169, porque el Decreto ley faculta al Gobierno para retirar suboficiales en servicio activo, en los casos necesarios a juicio del Gobierno, y como la Constitución dispone que la ley determine el sistema de retiro, tal retiro no puede hacerse a voluntad del Ejecutivo, sino ajustándose a una normación previa de la materia; y porque el acto acusado conduce en la práctica a que el Gobierno pueda privar de derechos, pensiones de retiros y aún de grado, a los suboficiales de las Fuerzas Militares. Anota el actor que aquellas exigencias del Estatuto rigen en tiempo de paz y en tiempo de guerra y son garantías mínimas en favor de los militares. El artículo 17 de la Carta resulta violado, según la demanda, porque las disposiciones del Decreto-ley autorizan al Gobierno para retirar a los suboficiales, olvidando la especial protección que el Estado debe al trabajo en la persona de sus servidores; y el 26, porque sin fórmula de juicio se le permite al Gobierno juzgar a un suboficial y retirarlo del servicio activo.

Trajo el actor un ejemplar del Boletín del Ministerio de Guerra donde se halla inserto el Decreto 2072 de 1950, del cual hacen parte las disposiciones acusadas. Este Decreto es de carácter legislativo, pues se expidió en uso de las facultades que al Presidente de la República otorga el artículo 121 de la Constitución y lleva las firmas de todos los Ministros del despacho Ejecutivo.

El señor Procurador General de la Nación emite concepto adverso a la declaración de inexequibilidad demandada.

Consideraciones de la Corte:

La carrera militar se ha formado, al parecer, con base en las normas de los artículos 166 y

169 de la Constitución. Dispone la primera que la ley determinará "los ascensos, derechos y obligaciones de los militares", y la segunda, que "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley". El Decreto-ley 1025 de 1942 sobre "jerarquía, clasificación, asignaciones, ascensos, traslados y retiro de los suboficiales del ejército", que rige la materia, es el estatuto que contiene los preceptos protectores de los derechos de los suboficiales. Allí se establece un sistema de traslado y de retiro (Capítulos IV y V). El artículo 13 señala las causas por las cuales los suboficiales pueden ser retirados del servicio activo; edad, incapacidad técnica, invalidez, solicitud propia y separación por mala conducta. El Decreto mencionado establece además los grados y ascensos de los suboficiales. Tal regulación desarrolla los ordenamientos constitucionales, en cuanto establece para el suboficial un sistema que le garantiza su derecho a ascender en los diferentes grados y al retiro en las condiciones allí previstas. Quiere la Carta que sea la que determine los sistemas de retiro en el ejército y la que disponga en qué casos pueden ser privados los militares de sus grados y honores. No permite que los retiros se hagan libremente por simple acto gubernamental. Una norma como la del Decreto acusado, que faculta al Gobierno para disponer de plano el retiro de los suboficiales, por la sola voluntad del Ejecutivo, sin sujeción a un sistema legal anterior, contraría el precepto consignado en la Carta (artículo 166). Por este motivo habría base para declarar la inexequibilidad demandada, si no existiesen otras razones, también de orden constitucional, que legitiman la disposición acusada, como así puede verse adelante.

La privación de un grado, honor o pensión al producirse el retiro ordenado por el Gobierno, no se causa necesariamente. Bien puede el retiro decretarse y llevarse a efectó deconociéndole al militar el grado y el sueldo de retiro que le corresponden. Las disposiciones acusadas no establecen que el retiro se haga negándosele al suboficial su grado, sueldo o pensión. Por estas razones no se quebranta con ellas el artículo 169 de la Carta.

No halla la Corte congruente con la demanda, y por ende violada, la disposición del artículo 17 del Estatuto. De ella no puede deducirse un derecho a permanecer el ciudadano en el servicio público. Y el artículo 26 de la Carta no se viola por los preceptos a que la demanda se contrae, pues como bien lo observa la Procuraduría, la norma constitucional invocada reglamenta las condiciones para que una persona sea vencida en juicio, y nunca pueden equipararse los procedimientos administrativos para separar del servicio público a una funcionario, con los juicios en que se contravierten los derechos.

Ha de detenerse la Corte a examinar ahora la constitucionalidad del Decreto acusado, vista a la luz del artículo 121 de la Carta, y no obstante su oposición con el precepto del artículo 166.

El Decreto 2072 de 1950 se dictó por el Presidente de la República haciendo uso el primer Magistrado de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en razón de hallarse turbado el orden público y en estado de sitio la nación. El artículo 1º dispone que mientras dura la emergencia del orden público, el Gobierno puede ordenar los retiros que encuentre necesarios. El apoyo dado al Decreto en el artículo 121 de la Carta, de una parte, y la conexión que con la guarda del orden tenga el mantenimiento de los suboficiales en el servicio activo de las Fuerzas Militares, o su retiro de él, de otra parte, obligan a la Corte a examinar la disposición acusada en relación con las atribuciones presidenciales en el estado de sitio. Pues importa establecer si el Decreto legislativo se justifica constitucionalmente en armonía con los poderes del Presidente de la República cuando el orden público se ha turbado.

El Decreto 2072 de 1950 y el artículo 121 del Estatuto.

Para juzgar sobre la exequibilidad del Decerto, frente al artículo 121 de la Carta, es necesario hacer algunas consideraciones respecto al contenido y alcance de la norma constitucional.

Establece el artículo 120 de la Constitución que coresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado, y el artículo 121 le otorga la facultad de declarar que aquél se ha alterado y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de esa obligación. La paz pública descansa, conforme al estatuto fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas

con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente a fin de que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. Los poderes presidenciales en el estado de sitio son muy amplios y han de entenderse con ese carácter otorgados para que la misión que corresponde al primer Mandatario de la nación se cumpla sin dificultad, pudiendo adoptar disposiciones que no competen de ordinario al Jefe del Estado sino que por su índole legislativa pertenecen al Congreso. El Presidente de la República suple la acción de éste y ejercita la suya propia con el fin indicado de la guarda del orden.

Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones.

Surgen pues los poderes presidenciales en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado.

Por la redacción de varios preceptos de la Ley suprema aparece que hay normas suyas que contienen limitaciones al legislador, respecto de los derechos individuales y sociales y a la organización del Estado, que rigen en tiempo de paz y otras especiales para tiempo de guerra o de perturbación del orden. En tiempo de guerra el Gobierno impone contribuciones (artículo 43); puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan a la rama judicial (artículo 73); suspender la libertad de prensa (artículo 42); prohibir la circulación de impresos por los correos (artículo 38); ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar (artículo 61). Las disposiciones de la Carta que se han citado fueron redactadas, como en ellas se expresa, para tiempo de paz o normalidad, lo que autoriza entender que no rigen en casos de turbación del orden público. Es decir, que entonces las garantías y derechos que ellas protegen durante la paz, no rigen en el estado de sitio.

Hay disposiciones de obligatoria aplicación en todo tiempo, por mandato expreso de la Carta, que no podrían dejar de cumplirse aún en caso de guerra o anormalidad: artículos 28 y 33.

Finalmente, hay otros preceptos del Estatuto cuyo imperio ha de limitarse por virtud de la alteración del orden; no ya por así inferirse de la redacción que en la Carta se dió a ciertos ordenamientos, sino como un corolario obligado de la situación de hecho y de derecho en que se encuentra colocado el Presidente de la República cuando el orden se altera. El artículo 23 de la Constitución establece que nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes. La disposición no expresa que ella rige en tiempo de paz solamente, de donde debe deducirse que rige en todo tiempo. Sin embargo, es natural que durante la guerra exterior o la conmoción interna la libertad individual sufra las restricciones necesarias para que el Gobierno pueda prevenir o debelar movimientos subversivos del orden público. El principio constitucional que tal procedimiento autoriza se halla implícito en el artículo 121 de la Carta, como correlativo de las obligaciones que le impone al Presidente. Aunque también está en parte consignado en el artículo 28, que autoriza el que sean aprehendidas y retenidas de orden del Gobierno las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Facultad ésta que si no estuviese prevista expresamente, la tendría el Presidente de la República para dar cumplimiento cabal a los deberes que le señala el artículo 121 de la Constitución. Y la libertad de reunión, y la de palabra, y la de locomoción, que no aparecen reguladas con la advertencia de que la disposición respectiva se aplica en tiempo de paz, lo que significa que debe regir también en tiempo de guerra, sufren así mismo, como es obvio, y se reconoció en los debates del Constituyente de 1886, la limitación necesaria al adoptarse por el Gobierno las medidas indispensables para prevenir un movimiento subversivo del orden, o para restablecer éste si se ha turbado. Debe agregarse la cita del artículo 18 del Estatuto, que garantiza el derecho de huelga, pues aunque la norma no lo dice,

ha de suspenderse su ejercicio en circunstancias tocantes con la guarda del orden público.

No obstante pues el propósito de los constituyentes, de reducir a términos precisos el radio de acción presidencial, frente a los preceptos del Estatuto que garantizan los derechos individuales y sociales y organizan las instituciones, la limitación no fue taxativa, y deja siempre como fuente de restricción de aquellos derechos y garantías los poderes extraordinarios del Presidente en el estado de sitio, correspondientes a su responsabilidad y a sus deberes que la Constitución le señala para la guarda del orden público.

n embargo, hay normas de la Constitución por su naturaleza, extraña a implicaciones el orden público, rigen en todo tiempo, garantías individuales y sociales. Así por plo: el art. 22, que establece que no habrá esves en Colombia; el 23, que prohibe la detenn, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26, que dispone que nadie puede ser juzo sino conforme a leyes preexistentes; el 29, e impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 32, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohibe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia.

Volviendo al Decreto legislativo 2072 de 1950, se observa que sus disposiciones, por referirse a las Fuerzas Militares, a las cuales la Constitución les asigna la defensa nacional y la de las instituciones patrias (artículos 165 y 166), se vinculan naturalmente a la guarda del orden público. Esta característica coloca el Decreto acusado dentro de los que se hallan previstos y autorizados por el artículo 121 de la Carta, en relación con la regla 7ª del artículo 120.

La carrera militar de los suboficiales, basada a la Constitución y en anteriores estatutos leles, como el citado Decreto-ley 1025 de 1942, agra derechos en favor de aquéllos, que en cipio y de un modo general deben ser resdos, mientras razones superiores de orden no impongan la limitación o restricción de tales derechos. En estado de paz no es admisible ninguna merma o disminución en el estatuto jurídico del personal militar a que esta providencia se contrae. En el estado de sitio hay que considerar si las normas precedentes pueden estorbar la acción del Ejecutivo encaminada al restablecimiento del orden. Siendo los militares en servicio los agentes del Estado a quienes toca llevar las armas cuyo empleo incide de modo directo en la guarda del orden, ha de admitirse que el Presidente de la República, responsable de ella, debe tener una libre determinación sobre la permanencia de tales agentes en el servicio activo de las Fuerzas Militares.

Con esta observación, es fácil aceptar también que aún siendo contraria a la norma del artículo 166 del Estatuto, como ya se vio, la del artículo 1º del Decreto acusado, en cuanto dispone que por la sola voluntad del Ejecutivo, y sin sujeción a un sistema legal anterior, puede el Gobierno disponer el retiro de los suboficiales, sin embargo la naturaleza de este ordenamiento lo justifica y legitima constitucionalmente. Cabe dentro de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 121 de la Constitución la de restringir o limitar, por razones de orden público, el derecho de los suboficiales a permanecer en el servicio activo y a no ser retirados de él sino de acuerdo con un sistema legal anterior. En circunstancias de anormalidad tiene que prevalecer, por lo ya anotado, el juicio del Presidente sobre la conveniencia o necesidad de ordenar el retiro de los suboficiales. El precepto del artículo 166 de la Carta es de aquellos que debiendo regir en todo tiempo, según los términos en que está redactado, ha de restringirse o limitarse en su aplicación, en los casos en que claramente su vigencia absoluta impida o pudiera impedir la acción del Ejecutivo, durante el estado de emergencia, y para el restablecimiento del orden.

Lo expuesto no quiere decir que al cumplirse una determinación sobre retiro de un suboficial, y mientras rija el estado de sitio, puede aquél ser privado del sueldo de retiro a que tenga derecho según la ley.

En atención a las razones dadas en esta motivación, ha de declararse que el Decreto acusado se ajusta a los ordenamientos de la Carta Fundamental.

Fallo:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida por el or-

ticulo 214 de la Constitución Nacional, oído el señor Procurador General de la Nación, declara exequibles los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto legislativo número 2072 de 1950.

Publíquese, notifíquese y dese aviso de esta decisión a los señores Ministros de Justicia y de Guerra.

ROBERTO GOENAGA

Presidente.

Manuel Barrera Parra, Aníbal Cardoso Gaitán, Luis Enrique Cuervo, Jesús Estrada Monsalve, Agustín Gómez Prada, Ignacio Gómez Posse, José J. Gómez, José Hernández Arbeláez, Ricardo Jordán Jiménez, Luis Felipe Latorre, Julio Pardo Dávila, Néstor Pineda, Domingo Sarasty, Luis Zafra, Alberto Zuleta Angel.

Jorge Soto Soto

Oficial Mayor.

NO ESTA IMPEDIDA PARA INTERVENIR COMO MAGISTRADO EN LA DECISION DE LA CORTE ACERCA DE LA EXEQUIBILIDAD DE UNA NORMA LEGAL LA PERSONA QUE ANTERIORMENTE, EN DECISION JUDICIAL DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, HA MANIFESTADO SU OPINION ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MISMA NORMA

El "concepto" que inhabilita al magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, no es la opinión, el juicio emitido por él en la motivación de las sentencias firmadas por él, sino el rendido como jurisconsulto en el libre ejercicio de la profesión de abogado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

Los señores Magistrados doctores Agustín Gómez Prada y Jesús Estrada Monsalve se han declarado impedidos para conocer de este asunto, por haber firmado, el primero como Magistrado en la Sala de Negocios Generales de la Corte y el segundo como Consejero de Estado, algunas sentencias en que se analiza el aspecto de la constitucionalidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, que son precisamente las normas acusadas en la demanda del señor Luis Prieto Hurtado. En las sentencias de la Sala de Negocios Generales se desechó la aplicación de aquellas normas, por considerarlas en pugna con principios constitucionales, y en las del Consejo de Estado, por el contrario, estimándolas ajustadas a los preceptos de la Carta, se las aplicó en varios negocios surtidos ante el Consejo.

El señor Magistrado doctor José J. Gómez R., considera estar impedido para conocer de este asunto porque "en algunos de los juicios adelantados en segunda instancia ante la Sala de Negocios Generales de la Corte representó a los actores y entonces sostuvo la competencia de la justicia ordinaria para conocer de tales negocios, con apoyo en las normas constitucionales que a ella encomiendan la función de decidir sobre los derechos patrimoniales ya que en aquellos pleitos se confrontaba como base primordial de las demandas el problema de la propiedad de las tierras, que para el Estado que las tomó en 1932, eran baldías, al paso que para los demandantes eran de su dominio exclusivo".

De acuerdo con los artículos 45 y 46 del Código Judicial corresponde al Magistrado ponente decidir sobre los impedimentos manifestados por los demás Magistrados, a lo cual se procede mediante las siguientes consideraciones:

De acuerdo con los artículos 146, 434 y 435 del C. J., ningún Magistrado puede separarse del conocimiento de un asunto sino "por causa legítima". Y en los negocios para que la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declare inexequibles preceptos legales o decretos legislativos, el artículo 4º de la ley 96 de 1936 limita las causales de impedimento y recusación, taxativamente, a las siguientes: 1), "haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada"; 2), "haber dictado dicha disposición"; 3), "haber sido miembro del Congreso que la dictó"; 4), "estar dentro del cuarto grado de parentesco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado".

La única de estas causales que puede contemplar el caso de los señores Magistrados Gómez Prada, Estrada Monsalve y Gómez R., es la primera, por lo cual es preciso estudiar el punto a la luz del significado jurídico de los vocablos **sentencia** y **concepto** y así poder decidir si está o no impedido el Magistrado cuando al dictar una sentencia estudia el punto relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma legal en el caso concreto que fue decidido por la sentencia, y posteriormente el mismo texto legal es acusado de inconstitucional ante la Corte, para que ésta lo declare **inexequible.**

Sentencia es evidentemente opinión de juez, juicio de éste, declaración de su pensamiento cuando interpreta la ley para aplicarla al caso controvertido y deducir las consecuencias que determinan su decisión. La solución de toda cuestión jurídica se halla, en verdad, predetermina-

da por el derecho, en el sentido de que el derecho es la fuente de toda decisión jurídica. La lógica interna de la actividad del juez obliga a concebir el derecho como objetivamente anterior, o sea, como ya dado al Juez, que no debe crearlo sino buscarlo y declarar su aplicabilidad respecto al caso particular. Lo cual no quiere decir que el juez sea un "ciego instrumento" para aplicar mecánicamente la ley, porque como dice Del Vecchio, "nadie puede desconocer que la interpretación del derecho y sobre todo, la que se reclama al juez, es una verdadera y original reflexión suya". Estos mismos rasgos esenciales se descubren en el análisis del "concepto" rendido por el jurisconsulto, quien interpreta el derecho y estudia los hechos que se someten a su consideración. Pero el concepto, la **responsa** del jurisconsulto, implica la idea de ejercicio profesional y el dictamen que contiene sirve apenas para ilustrar la cuestión sin decidirla.

Desde el punto de vista de su estructura, el parecer del jurisconsulto y la sentencia del juez tienen rasgos comunes y aún idénticos, pero es esencialmente distinta su eficacia, puesto que el consultor **aconseja** mientras que el juez **manda**; el primero deja en libertad al interesado acerca de la conducta a seguir, mientras que el segundo lo vincula, lo obliga. Esta diferencia de efectos —dice Carnelutti— "ha de encontrar lógicamente su causa en la diversa naturaleza de los dos actos; si el dictamen posee eficacia menor que la sentencia, evidentemente ello significa que ésta tiene alguna cosa distinta y alguna cosa más. Esta cosa de más consiste en que mientras el dictamen es solo un juicio, la sentencia es también un **mandato**. Su naturaleza de mandato es, infaliblemente, el **prius** lógico de su eficacia vinculante: obligación y mandato no son, en efecto, sino una misma cosa vista desde dos lados distintos"

Pero el mandato que contiene la sentencia tan sólo vincula a las partes en la relación procesal, aunque en ciertos casos ella produzca efectos **erga omnes**. Como es obvio, el mandato contenido en la sentencia se halla en la resolución, no en la motivación. Esta última es el trabajo de interpretación de la ley, la verdadera y original reflexión del juez.

En qué medida la motivación de una sentencia afecta para el futuro la imparcialidad esencial que se presupone en todo juzgador? Afectará esto a la misión del juez, en su alcurnia espiritual? Los mismos interrogantes pueden hacerse con respecto al jurisconsulto que con posterioridad a su dictamen es llamado como juez a decidir en la cuestión que fue objeto de su estudio.

Acaso pudiera encontrarse una cierta dosis de escepticismo sobre la naturaleza moral del hombre en la doctrina (G. J. Nº 2062 p. 410) que considera el vínculo puramente intelectual "como presupuesto limitativo del raciocinio del juzgador, y posiblemente de su voluntad, no sólo en forma de apego a sus ideas ya expresadas, sino también de amor propios o de vanidad alrededor de éstas". Como si el hombre no pudiese por su propia naturaleza ser movido más que por, el amor propio o egoísmo. No es este el ángulo desde el cual deba mirarse la cuestión, sino otro, muy distinto, a saber: el ángulo legal o jurídico, que toma en cuenta el vínculo del hombre con sus juicios previos como dimanante, no de la psicología, sino de la legalidad.

En efecto, tanto la doctrina general del derecho como la ley positiva (Artículos 26 del C. C., y 4º de la Ley 169 de 1896), tienen admitido y consagrado que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino mero **precedente** de que puede apartarse el sentenciador cuando quiera que juzgue erróneos sus fundamentos, la opinión, el juicio contenido en la motivación de la sentencia no obliga al juez para el futuro, no lo vincula jurídicamente pero ni aún desde el punto de vista de la ética. Al contrario, la ética manda que el juez, encarnación de la justicia, no se aferre al error cuando ha sido convencido de que en él ha incurrido; ella presupone en el juez la entereza moral necesaria para recoger el error y modificar el criterio interpretativo de la ley.

De diferente manera se enfoca la conducta del jurisconsulto que ha pre-juzgado sobre la cuestión que posteriormente debe decidir como juez. El ha emitido un concepto, que si bien deja en libertad a quien le fue rendido, vincula definitivamente el juicio del autor, así se le considere bajo la perspectiva de la ética o a la luz del derecho. Etica y derecho que obran siempre, mezclados e influídos recíprocamente —como en todas las relaciones sociales— en la práctica de la profesión de abogado, en su ejercicio. La ley positiva dió el carácter de norma jurídica a los preceptos de la ética profesional y aún a las reglas de la delicadeza y el decoro profesionales (Artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 y 10 de la ley 21 de 1931).

El jurisconsulto es libre para emitir o no su concepto, el cual tiene origen en un acuerdo de voluntad con el tercero que se lo solicitó. No im-

porta que lo haya emitido remunerada o gratuitamente; pero en la medida en que fue libre para rendirlo, queda obligado a respetarlo posteriormente, en el caso concreto sobre que versa.

El juicio que el juez emite en la sentencia no tiene como fuente su libre voluntad: está obligado a emitirlo en virtud de mandato legal (Artículos 163 de la Constitución y 48 de la Ley 153 de 1887); y en la misma medida en que para él es forzoso expresar su opinión, es libre para separarse de ella cuando, con más meditado estudio, juzgue erróneas sus apreciaciones anteriores.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que, aunque semejantes en su estructura, el juicio del intérprete en la motivación de sus sentencias y el concepto del jurisconsulto en el ejercicio profesional, tienen esencia distinta y producen efectos diferentes, considerados desde el punto de vista ético-jurídico. Por consiguiente, no pueden tener en la ley el mismo significado para los efectos de la necesaria imparcialidad e independencia de criterio que caracterizan idealmente al buen juez.

El "concepto" que inhabilita al Magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, no es la opinión, el juicio emitido por él en la motivación de las sentencias firmadas por él, sino el rendido como jurisconsulto en el libre ejercicio de la profesión de abogado.

Por los antecedentes de que se habla en la demanda, y en la vista del señor Procurador General de la Nación, se puede interpretar la manifestación del Sr. Magistrado doctor José J. Gómez en el sentido de que emitió concepto, en representación de parte interesada —en litigios ante la Sala de Negocios Generales— sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales acusadas, que atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los negocios por indemnización de perjuicios causados con ocasión de trabajos públicos. Lo cual, según lo expuesto antes, constituye causal de impedimento conforme al artículo 4º de la ley 96 de 1936.

Por tanto, se resuelve:

1º—No está erigido por la ley en causal de impedimento el hecho manifestado por los señores Magistrados doctores Agustín Gómez Prada y Jesús Estrada Monsalve, quienes, por lo mismo, deben seguir conociendo de este asunto;

2º—Es legal el impedimento manifestado por el señor Magistrado doctor José J. Gómez R., quien por lo mismo queda separado del conocimiento de este negocio;

3º—Señálase el día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia para verificar el sorteo del conjuez que debe reemplazar al señor Magistrado doctor José J. Gómez R.

Notifíquese.

Néstor Pineda. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

CORRETAJE Y MANDATO. — REMUNERACION DEL CORREDOR

1—El corredor, como simple intermediario, no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio.

2—El corredor tiene derecho a percibir retribución, siempre que se cumplan estos requisitos:

a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio;

b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo;

c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluído el negocio por el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, trece (13) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

La Corte resuelve en el fondo sobre la demanda de casación introducida por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 1954 por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Roberto Yepes Hernández contra Eduardo Vallejo sobre pago de una comisión por la venta de una finca rural.

I—ANTECEDENTES:

A.—Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, Roberto Yepes Bermúdez promovió juicio ordinario contra Eduardo Vallejo para que se le condene a pagar al actor la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), moneda legal, o lo que resulte de las pruebas del proceso, como valor de la comisión por la venta de la finca rural denominada "Colón" al doctor Hernando Caicedo.

B.—Como hechos fundamentales de la acción el actor sostiene en su demanda: que Vallejo buscó sus servicios de comisionista para vender la hacienda de su propiedad llamada "Colón", ubicada en el municipio de Zarzal, ofreciéndole como comisión un dos por ciento (2%) del valor en que se vendiera el inmueble; que el demandante tiene establecida desde hace muchos años su casa de comisiones "Agencia Roboy" en la ciudad de Armenia, con sucursales en todo el país; que en desempeño del encargo confiado por Vallejo, el demandante "se dió a la tarea de ofrecer esa finca verbalmente y por escrito en circulares a los distintos interesados, hasta que por su intervención logró que don Eduardo Vallejo vendiera la preciosa finca al doctor Hernando Caicedo, varias veces visitado por el comisionista"; que efectuada la venta, el demandado se ha negado a pagarle la comisión.

C.—El demandado se opuso a las pretensiones del actor, negó los hechos en que funda la acción y desconoció el derecho invocado.

D.—El juez a quo en sentencia del 19 de septiembre de 1953 negó la condena impetrada, considerando que aunque estaba demostrado que Vallejo había comisionado a Yepes para buscar compradores al inmueble de su propiedad no se hallaba acreditado que por la mediación de aquél se hubiera vendido la finca al doctor Hernando Caicedo.

E.—Apelada la sentencia de primera instancia por el actor, el Tribunal en fallo del 28 de mayo de 1954 la revocó y en su lugar declaró:

"1º) Hállase establecido un contrato de comisión entre los señores doctor Eduardo Vallejo V. y Roberto Yepes Bermúdez, de condiciones civiles conocidas, para vender la hacienda de Colón, ubicada en el Municipio de El Zarzal de este Departamento, de propiedad de Vallejo, con inter-

vención de Yepes Bermúdez como comisionista, como en efecto se realizó;

"2º) En consecuencia, el doctor Eduardo Vallejo V. debe al señor Roberto Yepes Bermúdez el valor de su gestión de comisionista en tal negocio, que por no haberse precisado en el juicio, se fijará según el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

"3º) Las costas del juicio son a cargo del demandado".

F.—El demandado se alzó en casación, recurso que le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Formulada la demanda en tiempo corresponde a la Corte decidir sobre su mérito.

II—Sentencia acusada.

Para el Tribunal en el juicio resulta demostrado que entre Vallejo y Yepes se celebró un contrato de comisión que dió origen a las obligaciones cuyo cumplimiento demanda el actor.

Dice así el Tribunal:

"La comisión es un mandato comercial que versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas. Se extingue y perfecciona por los mismos modos que el mandato civil, y es por naturaleza asalariada. (Arts. 333 y 338 C. de Co.).

"Estima la Sala establecido el contrato de comisión para la venta de la hacienda de Colón, entre el doctor Eduardo Vallejo y el señor Roberto Yepes Bermúdez, demandante, por la autorización que en carta dió el primero al segundo para buscar compradores de la hacienda referida y ofrecerla en venta.

"Puesto que el encargo objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. (art. 2149 C. Civil).

"Por ser contrato consensual el mandato civil o comercial se repula perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita. (Art. 2150 C. Civil).

"En el presente caso la aceptación aparece expresa, de las varias gestiones sobre la venta expresada comunicadas por Yepes Bermúdez a Vallejo, y aún al doctor Hernando Caicedo que fue en último término el comprador de la hacienda mencionada.

"Sobre este punto de la existencia del convenio de la comisión para vender la hacienda referida celebrada entre demandante y demandado, no hay duda en el particular, pues dicho convenio resulta establecido de las gestiones realizadas por Yepes Bermúdez en el sentido indicado, y corroborado por las posiciones absueltas por el doctor Vallejo en que confiesa haber autorizado por carta a Yepes Bermúdez para hacer tales gestiones".

El Tribunal da por establecido: a) que Vallejo confió a Yepes el encargo de buscar compradores a la finca "Colón" de propiedad del primero; b) que Yepes en cumplimiento del encargo hizo gestiones pertinentes logrando con su mediación la venta del inmueble al Dr. Hernando Caicedo.

Para la demostración de lo último, el Tribunal concede pleno valor probatorio en contra del demandado a la correspondencia que el actor acompañó a la demanda. Al respecto se lee en la sentencia:

"Con los telegramas dirigidos por Yepes Bermúdez, al doctor Eduardo Vallejo primero, y luego al doctor Hernando Caicedo, como con las cartas dirigidas a éste sobre la oferta, venta y compra de la hacienda de Colón del doctor Vallejo, se establece que el señor Yepes Bermúdez hizo gestiones encaminadas a vender la hacienda de Vallejo, entre otras personas, al doctor Hernando Caicedo, quien finalmente vino a ser el comprador de ella, por manifestación del mismo, a solicitud de Yepes Bermúdez".

III—Demanda de casación.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y formula varios cargos a la sentencia, a saber:

1º—Violación directa, por mala interpretación y aplicación indebida al caso del pleito, de los artículos 1º, 20, 331, 333, 338 y 411 del Código de Comercio, y 1501, 1502, 1505, 1602, 2142, 2147, 2149, 2150 y 2157 del Código Civil.

2º—Violación indirecta al través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, de los artículos 1º, 20, 331, 333, 338 y 411 del Código de Comercio, y 1501, 1502, 1505, 1602, 1757, 2142, 2147, 2149 y 2150 del Código Civil.

IV—Examen de los cargos.

De las acusaciones presentadas por el recurrente, las contenidas en el cargo primero son suficientes para la infirmación del fallo recurrido, como en seguida se verá.

Los quebrantes de la ley sustantiva, afirma el recurrente "provienen directamente de haber considerado el Tribunal que el caso de recomendación en que enraiza la demanda es constitutivo

de un contrato de mandato, y de un mandato mercantil en su forma específica de comisión para vender.

"Bien sabido es que el fenómeno de la representación jurídica, en virtud del cual lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella para representarla, produce para el representado los mismos efectos que si hubiese contratado por sí mismo, tiene su fuente convencional en el contrato de mandato, cualquiera que sea su naturaleza, civil o mercantil. Los efectos del acto jurídico del mandatario afectan el patrimonio del mandante. El mandato, por su propia sustancia, conlleva la idea de representación aún en el caso, especialmente previsto por la ley, de que contrate en nombre propio pero en ejercicio del mandato. De ahí por qué el objeto de este contrato tiene que ser siempre un acto jurídico, esto es, un acto capaz de producir el nacimiento, variación, transferencia o extinción de una relación de derecho, y no simples actos materiales o cualquiera obligación de hacer una cosa para otro.

"A la luz de estas nociones se ve muy claro que el hecho de encargar o recomendar a una persona para que busque compradores para una finca que se desea vender, no es por sí solo el objeto jurídicamente adecuado de un contrato de mandato. Es más bien una especie de recomendación, que de acuerdo con el artículo 2147 del C. C. no es mandato, porque como lo explican sus comentadores, falta el lazo obligatorio que crea toda relación jurídica, pues el que recomienda no manda. Y basta que este aspecto ofrezca alguna duda para que legalmente deba entenderse que es mera recomendación. Nadie piensa que por el hecho de encargar a un periódico para que por su mediación busque compradores para una finca, que es lo que se hace en realidad cuando se contrata un aviso limitado en la sección de ofertas de venta, se celebre un contrato de mandato.

"Y si no puede ser mandato en general, por carencia de los elementos o cosas de su esencia que jurídicamente lo configuran, menos puede ser un mandato mercantil, y menos todavía el específicamente denominado comisión para vender. 'La naturaleza mercantil del negocio para el cual se ha conferido el mandato, y no la calidad de las partes contratantes, es lo que le da al mandato el carácter de comercial' (G. J. XXI, 370).

"Desde este punto de vista, no sólo faltan las mismas cosas esenciales a que he hecho referencia, puesto que el mandato comercial conlleva también la representación jurídica que le permite al comisionista obrar a nombre y por cuenta y riesgo de sus comitentes, sino que falta el elemento sustancial, vale decir el objeto, de referirse a negocio u operación comercial. La venta de un inmueble no es un acto de comercio, y por consiguiente el mandato conferido para contratarla no puede ser mandato comercial, que es el que restrictamente se celebra para la ejecución de negocios mercantiles.

"Para que la venta pueda considerarse y clasificarse como contrato de derecho comercial es necesario que tenga por objeto una cosa mueble y que sea hecha con ánimo de revender, permutar o arrendar esa cosa, obteniendo así una ganancia o lucro comercial. Todas las operaciones sobre inmuebles, como es bien sabido, están legalmente colocadas fuera del campo del derecho comercial.

"No hay duda de que el Tribunal incurrió en las indicadas violaciones de la ley estructurando por su cuenta y riesgo un contrato que no corresponde en manera alguna a la realidad procesal, y usándolo como fuente generadora de la obligación que declara en su sentencia y a cuyo pago condena.

"Quizá el pensamiento que inspiró la demanda, que bien se cuidó de citar entre sus fundamentos de derecho ninguna disposición atinente a mandato comercial ni civil, fuera el de referirse al contrato llamado por los tratadistas de "corretaje", innominado en nuestro derecho civil no definido ni reglamentado que ofrece algunas similitudes con el mandato pero de naturaleza y contenido diferentes. Es el contrato que algunos autores denominan de "buenos oficios", de ayuda oportuna o de prestación de la experiencia en determinado negocio.

"Pero este contrato, cualquiera que sea su exacta denominación, tiene también un objeto, una finalidad, que no es otro que el de servir de intermediario, pero no de cualquier manera, sino en forma de dejar acordado y establecido con todas sus bases y condiciones en que interviene el corredor al punto de que pueda decirse que se hizo como consecuencia de sus servicios, por causa de su mediación, o que fue la culminación de las actividades del corretaje. Sólo en estas circunstancias puede pensarse en que puede ser una fuente de obligación remuneratoria. No podría aceptarse en ningún caso que el objeto del corretaje sea simplemente avisar que una persona vende una finca, como acontece en el caso de Yepes Bermúdez, en que fuera de haber ofrecido la finca, no hay nada ni precio, ni condiciones de pago ni de entrega, nada que integre propia-

mente una negociación o una mediación eficaz y completa y eficiente".

Se considera:

En sentencia proferida por esta Sala el 6 de octubre de 1954 en el juicio ordinario de Aristóbulo Urueña Molano contra Elías Benrey sobre reconocimiento y pago de una comisión por la venta de un inmueble urbano, (LXXVIII, 859-862), se expuso lo siguiente

"1º—Según el numeral 13 del artículo 20 del C. de Co. son actos de comercio **las operaciones de corretaje.** Y de acuerdo con el numeral 3º del artículo 332 del mismo Código la **correduría es una especie de mandato mercantil.** Por otra parte, el artículo 66 de dicha obra expresa que el oficio de corredor **"se considera por la ley como un ramo de comercio".**

"Armonizando estas disposiciones de la ley mercantil debe afirmarse que un acto aislado de corretaje no es siempre un acto de comercio. Pero siempre tendrá este carácter cuando se trata del ejercicio habitual y profesional del corretaje. "En realidad —como lo observa Jean Escarra— el criterio profesional o subjetivo viene a completar aquí el criterio objetivo y estas operaciones no tendrán interés, desde el punto de vista práctico, sino a virtud de su repetición profesional". Y agrega el mismo autor que la jurisprudencia francesa parece reservar el carácter comercial al corretaje sólo cuando se trata de un ejercicio profesional y habitual (Jean Escarra, "Cours de Droit Commercial", 1952, Nº 122, páginas 79 y 80).

"Son corredores —dice el artículo 65 del C. de Co.— los agentes intermediarios entre el comprador y el vendedor que, por su especial conocimiento de los mercados, acercan entre sí a los comerciantes y les facilitan sus operaciones".

"En realidad la anterior definición es incompleta, porque no comprende todas las especies de corretaje. El corredor puede intervenir en operaciones distintas de la compra y venta, como por ejemplo, respecto de transportes, seguros, etc. etc.

"El corredor es un simple mediador: limita su intervención a poner en contacto dos contratantes para facilitar sus negociaciones; sin contraer personalmente ningún compromiso en nombre propio o ajeno, su tarea queda reducida a descubrir los contratantes para ponerlos en relación directa en orden al perfeccionamiento del negocio. Las funciones del corredor se diferencian de las del comisionista: éste obra en representación del comitente o en nombre propio por cuenta de éste e interviene no sólo en los preparativos del contrato sino en la propia celebración del acto jurídico, mientras que aquél limita su actuación a las tareas preparatorias para aproximar a los interesados, comunicando las ofertas y contraofertas y allanando las diferencias entre ellos, de tal suerte que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, el corredor desaparece de la escena quedando al cuidado de las partes el perfeccionamiento del respectivo contrato en el cual no interviene ya aquél. El agente intermediario ha merecido el nombre de **corredor** porque va y viene entre los contratantes en su tarea propia de lograr acercarlos para la celebración del negocio.

"El corredor puede recorrer estos pasos: a) buscar la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concertar el negocio e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra dispuesta a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenido por el corredor. En todas estas etapas de la intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor.

"2º—La doctrina discute si el corredor es un verdadero mandatario. La mayoría de los autores le niegan tal carácter.

"Jean Escarra dice:

"El corredor y el comisionista son mandatarios comerciales, pero sus mandatos que son variedades del mandato tal como es definido por el Código Civil, no son de naturaleza idéntica. El mandato del comisionista es un contrato de derecho comercial, el contrato de comisión, que produce efectos jurídicos propios. El mandato del corredor es demasiado menos caracterizado. Hay corredores, no hay, **stricto sensu,** un contrato de corretaje". (Obra citada Nº 1062, páginas 706).

"Lacour y Bouteron afirman:

"El corredor alquila sus servicios a los clientes que emplean su mediación en vista de la formación de contratos, generalmente comerciales. Su función consiste en buscar una contraparte a su cliente, por ejemplo, un comprador al que desea vender, y a poner los dos interesados en relación directa, pero no en concluir por sí mismo el negocio; en principio el corredor no es un

mandatario". (León Lacour y Jacques Bouteron, "Precis de Droit Commercial", T. I, Nº 52, página 45).

"Planiol y Ripert exponen:

"En realidad, la representación que es la regla general en el mandato civil, puede sin embargo quedar suprimida, sin que por ello deje de haber mandato; es lo que se dá en el caso del testaferro (prete-nom). En materia mercantil, el contrato de **comisión** es igualmente un mandato, aunque el comisionista contraiga una obligación personal. **El corredor sólo es mandatario en ciertos casos".** (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. XI, 1427, página 765).

"Agustín Ramella examina ampliamente la cuestión en la siguiente forma:

"Algunos escritores sostienen que la posición jurídica **del mediador,** en cuanto aproxima las partes y promueve un acuerdo, no es diversa de la del **mandatario,** y que por consiguiente la ejecución de su encargo representa preferentemente la ejecución de un mandato. El mediador sería requerido para interponerse en un negocio cuyas condiciones le son explicadas, para buscar al otro contratante y tratar con él y concluir en nombre del comitente, es decir, como verdadero representante. Sólo que a veces sería representante de su comitente, y otras en cambio, contrataría con el mismo pero como representante de la otra parte, que de este modo, en lo que se refiere a la conclusión del contrato, vendría a ser su efectivo requirente.

"Si así fuera, una primera diferencia importante surgiría entre el mediador civil y el mediador comercial en cuanto el primero, limitado a la parte meramente preparatoria del negocio, no podría elevarse a la posición jurídica de representante de una o de otra parte.

"Pero la asimilación no tiene razón de ser. En verdad la prestación del mediador es siempre de naturaleza comercial. Al obrar en su campo propio no realiza ningún acto jurídico puesto que la estipulación del contrato, que es el resultado de su intermediación, se produce entre las partes y su existencia jurídica se manifiesta solamente entre éstas sin consideración alguna al hecho de que el acuerdo entre las partes haya sido alcanzado mediante los esfuerzos y la cooperación del mediador. La conclusión del contrato es de importancia jurídica para él únicamente por su derecho a la comisión, la cual no le es debida de otra manera. Por consiguiente el mediador no puede asumir como tal la calidad de parte en el contrato en que intervino, y por el contrario debe ser concebido en la contraposición de las partes. El no emite, en su función, ninguna declaración propia de voluntad, ni aparece nunca autorizado para **agere,** sino solamente para **exhibire** (por lo que su obra era designada como **ministerium u operula**) y así para preparar un contrato cuya conclusión habrá de efectuar por sí el interesado mismo comunicando a la otra parte su propio consentimiento. Tampoco en derecho romano se encuentra denominación alguna en el título de los **prexenetiela** que pueda significar que la obra del mediador consistiese en el actuar en lugar y vez de otro, es decir, **pro emptore, venditore,** etc. La conclusión del contrato va más allá de la función intermediadora, la que, en efecto, termina en el punto en que se ha obtenido el concurso de la voluntad de las partes con relación al acuerdo para el cual fue desarrollada la obra del mediador. Esto explica cómo es que el mandato asume forma civil o comercial, según la naturaleza del negocio concluido, mientras que la mediación, para diversas leyes, tiene carácter comercial por sí misma, aunque sea relativa a materias civiles.

"Las consecuencias son múltiples. Así el mediador no tiene derecho al reembolso de los gastos si eso no se hubiere pactado, a diferencia de lo que pasa en el mandato. Quien ha dado el encargo al mediador no puede constreñir a un tercero a tomar una decisión determinada. El mandatario tiene derecho, por regla general, a retribución por el hecho de que emplea su actividad sin preocuparse del resultado (Nº 157), mientras que el derecho de comisión corresponde solamente si se ha obtenido el éxito, el objeto previsto, etc. Si el mediador no tiene por eso sólo calidad de representante del demandante, ni contrata con él, se sigue que no puede recibir pagos relativos al negocio para el cual ha prestado su obra, ni adquirir derechos o asumir obligaciones o hacer renuncias válidas por cuenta de su adquirente y obligatorios para éste". (Agustín Ramella, Profesor de la Universidad de Génova, "Del Mandato Comercial y de la Comisión", T. II, Nº 301, págs. 244 a 246).

"Emilio Langle y Rubio, tratadista español, estudia las distintas teorías expuestas para definir la naturaleza jurídica de la mediación y llega a las siguientes conclusiones:

"Sólo observando cómo se desenvuelve en la vida real la correduría, podemos decidirnos en favor de una doctrina determinada. Hemos dicho que el mediador no es un subordinado, ni un apoderado que represente a ninguna de las partes. Desempeña el papel de intermediario neu-

tral: se le exige que dé informaciones veraces y que proceda lealmente. Su interés estriba en que el negocio se efectúe. Tanto si espontáneamente brinda sus servicios, como si se le hace el encargo por una parte o por las dos, tiene que hallarse autorizado por ambas (basta la forma verbal). Actúa como preparador del contrato coadyuvando en la eliminación de divergencias: termina su cometido en cuanto consigue la coincidencia de voluntades de los interesados, pues no le incumbe realizar el contrato. Es de sumo interés subrayar la **libertad de conducta** de que gozan, tanto **las partes**, como el **mediador.** Quien le confiere el encargo e indica lo que desea, puede en cualquier fase del trato modificar sus pretensiones, o revocar aquél, o decidir no hacer nada. En ninguno de estos supuestos se halla obligado a explicar, ni probar, los motivos de su resolución, ni a remunerar al mediador, porque es inherente a la industria de este último el riesgo de haber perdido el tiempo en gestiones baldías, ya que su derecho a la retribución nace cuando el contrato se concluye, y, naturalmente, si se concluye merced a su intervención, con nexo de causalidad. A su vez, el intermediario disfruta de completa libertad para no iniciar la gestión encomendada, o para interrumpirla, o abandonarla, en cualquier estado en que se encuentren las negociaciones, cuya libertad tiene un doble fundamento: que sería imposible obligarle a tratar y que es correlativa a la de las partes para no aceptar sus propuestas o para prescindir de su intervención. Por último, efectuado el convenio, tiene derecho a percibir su corretaje, que va a cargo de ambas partes, por mitad.

"Sobre la base de estos hechos, parece atinado configurar jurídicamente la mediación como **negocio unilateral**, que presenta rasgos de semejanza con la **locatio operis**, pero que no se identifica con ella, puesto que para el mediador es potestativo realizar la obra y para quien le ha dado el encargo no es obligatorio retribuirle, sino en cuanto lo cumple y el negocio jurídico se concluye.

"El mediador **no es un mandatario.** No presta sus servicios a un mandante, favoreciendo parcialmente el exclusivo interés del mismo. Además, aunque haya aceptado el encargo, no está obligado a cumplirlo, según acabamos de exponer. En consecuencia, no responde de daños y perjuicios por no ejecutarlo. (V. C. C., art. 1718).

"Tampoco ha de equipararse la mediación a la **comisión mercantil.** El **mediador trata y hace contratar, pero no contrata** (Boleffio); porque su actividad típica no es la estipulación del negocio (por ello suele decirse que es instrumento **material y no jurídico** de contratación). Si el intermediario asume, además, la función de concluir el contrato, se sale del círculo riguroso de la institución: alguien llama a esto mediación "irregular" o "impropia" (Casanova). Por otra parte, la mediación no es en modo alguno como es la comisión, un **contrato bilateral. Ni quien confiere** el encargo al mediador se obliga a retribuirle, sino al alcanzar el éxito de su intervención ni tampoco se obliga a quien lo recibe a encontrar contratante. Cuando no ha habido encargo, menos duda puede caber". (Emilio Langle y Rubio, "Manual de Derecho Mercantil Español", T. I, Nº 82, págs. 733 a 735).

"3º—El corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil?

"En sentencia de casación civil del 14 de febrero de 1945 había dicho la Corte que las disposiciones del Código de Comercio no se aplicaban a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles están generalmente fuera del campo del derecho mercantil (G. J., T. LVIII, Nº 2017, pág. 601).

"La Sala rectifica esta tesis. La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante y aunque el objeto de su intermediación sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal de intermediario imprime comercialidad a sus propias operaciones, a más de que tal oficio está definido expresamente como **un ramo del comercio** (C. de Co., artículo 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto, no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V. Gabriel Palma Rogers, "Derecho Comercial", T. I, pág. 124; Lorenzo Mossa, "Derecho Mercantil", T. I., pág. 73; Ch. Lyon-Caen et L. Renault, "Traité de Droit Commercial", T. I, Nº 146, pág. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, pág. 733).

"Esta solución de la doctrina se acomoda perfectamente a nuestras instituciones mercantiles inspiradas en las leyes francesa y española.

"Como es sabido, nuestro Código Mercantil en cuanto a la calificación de los asuntos de comercio no adopta exclusivamente el sistema **subjetivo ni el sistema objetivo**, sino un sistema **mixto.**

Según éste, la noción objetiva tiene marcada importancia para definir el concepto de comerciante, pero a la vez la calidad de comerciante atribuye comercialidad a los actos que el profesional del comercio realiza en interés de su negocio.

"Como atrás se ha expuesta, las disposiciones del Código de Comercio, autorizan la consagración de esta tesis (C. de Co., arts. 9º, 20 —num. 13—, 65 y 66): toda operación de corretaje realizada por quien se dedica profesionalmente a esta actividad es siempre acto de comercio, sin considerar la índole civil o mercantil de la operación en la cual el corredor ejerce su mediación.

"Por último, en confirmación de esta doctrina debe subrayarse que nuestro Código al enumerar los actos de comercio, coloca en numeral separado "las operaciones de corretaje", (art. 20, ord. 13), después de haber mencionado "la comisión o mandato comercial" (art. 20, ord. 5º), a pesar de que impropiamente considera que la correduría es una especie de mandato mercantil (art. 332, ord. 3º).

"4º—Sobre la disciplina del contrato de mediación y la posibilidad de revocarse el encargo en cualquier tiempo, expone Vivante lo siguiente:

"Algunas veces es el propio mediador quien toma la iniciativa en su intervención, otras es el cliente el que le busca; pero esto carece de importancia, porque en ambos casos la disciplina del contrato es la misma. En uno como en otro caso se debe presumir, conexionando la disciplina del contrato con su función auxiliar, que el cliente puede en cualquier momento suprimir el encargo de verificar la operación dado al mediador, aunque éste se haya atenido fielmente a las instrucciones recibidas; que puede también encomendar a otros contemporáneamente el mismo encargo o concluir directamente el negocio por otros caminos; que no está obligado a advertir la ejecución del mismo así llevada a efecto cuando no se usa hacerlo. Si dada la comisión, tuviese el cliente que esperar el resultado atado de pies y manos o resarcir en otro caso al mediador del tiempo perdido, la mediación representaría una traba, no un instrumento para la conclusión de los negocios. Esto no excluye la posibilidad de pactos con los que el cliente se obliga a mantener el encargo por un tiempo cierto o a resarcir al mediador" (César Vivante, "Tratado de Derecho Comercial", Vol. I, Nº 219, pág. 270).

"Congruente con esta doctrina es la costumbre mercantil certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá en su sesión del 3 de julio de 1952. Según esta corporación "puede considerarse como costumbre mercantil la de que un propietario —que se ha puesto en comunicación con un agente o intermediario tiene facultad de usar los servicios de otro u otros, salvo que se haya dado la exclusividad en forma expresa. Salvo que se haya fijado expresamente un plazo para el encargo de la venta del bien raíz, ese encargo se considera de plazo indefinido. Y así en las agencias que se ocupan en la compraventa de finca raíz, los inmuebles suelen permanecer inscritos varios meses y aún años".

"5º—En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

"a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

"b) El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

"c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario;

"d) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador. (C. de Co. art. 88);

"e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil".

Aplicando al caso sub judice la anterior doctrina, que la Corte reitera en el presente fallo, se impone la invalidación de la sentencia impugnada.

El sentenciador consideró erróneamente que el convenio celebrado entre Vallejo y Yepes por medio del cual el primero confió al segundo el encargo de conseguir comprador para su hacienda de "Colón", debía calificarse jurídicamente como un mandato comercial, o sea, como comisión para vender. Vallejo simplemente había

aceptado los servicios de Yepes como corredor en fincas raíces para la venta del inmueble de su propiedad, a cambio de una retribución para el caso de que por su conducto se negociara el inmueble. Yepes no tuvo la condición de comisionista o mandatario de Vallejo, fue un mero intermediario.

A consecuencia de los errores anotados el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 331, 332, 338 y 411 del Código de Comercio sobre mandato mercantil y 2142, 2147, 2149 y 2150 del Código Civil sobre mandato en general.

Hallándose fundado el cargo examinado, la Sala prescinde del estudio de los restantes para dictar el fallo de instancia correspondiente (C. J., arts. 538 y 539).

V.—Sentencia de instancia.

No aparece demostrado en el juicio que el demandante Yepes Bermúdez se dedicara ordinaria y habitualmente al oficio de corredor. Aunque en la demanda se afirma que el actor tiene establecida en Armenia una agencia de comisiones con sucursales en todo el país, tal hecho no fue objeto de prueba en el proceso.

En consecuencia, el negocio de corretaje a que se refiere la demanda no puede ser considerado como acto de comercio sino de índole estrictamente civil.

Al corretaje civil, que no está reglamentado por nuestra ley, debe aplicarse en lo pertinente la doctrina que esta Sala ha sustentado en relación con el corretaje mercantil, especialmente lo relativo a la retribución que corresponde al intermediario por la prestación de sus servicios.

De acuerdo con la doctrina expuesta, el corredor tiene derecho a percibir retribución, siempre que se cumplan estos requisitos:

a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio;

b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo;

c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio por el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo.

En el caso sub judice aparece demostrado que Vallejo aceptó los servicios de corredor ofrecidos por Yepes Bermúdez para la venta de la hacienda "Colón". El demandado en posiciones extrajudiciales, cuya copia se acompañó a la demanda, acepta que ello es cierto al responder la primera pregunta (Cuad. Nº 2, f. 9 v.). Tal manifestación hecha ante juez competente tiene el valor de plena prueba como confesión judicial (C. J., arts. 604 y 606).

Pero en el juicio no aparecen demostrados los requisitos b) y c), a que anteriormente se hizo referencia. Porque el actor ha debido probar que realizó gestiones idóneas para conseguir comprador a la finca de Vallejo, y que por virtud de las gestiones se concluyó el negocio de venta al doctor Hernando Caicedo. Y estos hechos no fueron acreditados por el actor.

Ni en la primera instancia ni en la segunda las partes hicieron uso del término probatorio. Sólo obran como probanzas dentro del juicio, las que el actor acompañó a la demanda, a saber: la copia de las posiciones extrajudiciales absueltas por Vallejo y los siguientes escritos:

1º—Copia de un telegrama dirigido desde Cali al doctor Eduardo Vallejo, Cartago, fechado el 11 de octubre de 1950 en que Yepes dice: "Posible comprador Colón. Si oye propuestas llévelo. Urge contestar".

2º—Otra copia de un telegrama dirigido el 17 del mismo mes a Evallejo, Cartago, firmado por Roberto Yepes, el cual dice: 'Interesado Miguel Londoño Mejía Pereira. Le avisaré cuando vamos. Salúdolo".

3º—Copia de una carta de Yepes cuyo texto es:

"Armenia, septiembre 29 de 1951.—Señores Ingenio Riopaila Ltda. Oficina de Cali. Muy estimados señores: Hacemos mención de su atenta carta de fecha 30 de junio del año pasado, para rogarles muy encarecidamente el servicio de hacernos transcribir la segunda hoja en la cual le ofrecimos al Dr. Hernando Caicedo con nuestra carta de fecha 21 del mismo mes de junio de 1950, algunas haciendas ganaderas. Por este señalado servicio les anticipamos nuestros agradecimientos y nos repetimos de Uds. Muy atentos amigos y Ss. Ss., Comisiones y Negocios (Ry) Roberto Yepes B. Sirige".

4º—Copia de un marconigrama que reza así:

"Armenia, septiembre 27 de 1951. Dr. Hernando Caicedo (Río la Paila) Cali. Favor avisarme compró hacienda Colón? — Salúdolo, Roberto Yepes".

5º—Una hoja escrita a máquina en que Yepes anuncia la venta de la hacienda "Colón".

6º—Copia de otra carta de Yepes que dice:

"Armenia, septiembre 26 de 1951. Señor Dr. Don Hernando Caicedo. Ingenio Riopaila Ltda. Oficina de Cali. Muy distinguido Dr. Caicedo: De la manera más atenta ruego a Ud. el servicio de hacer certificar, si es cierto que Ud. recibió va-

rias visitas mías en las cuales le ofrecí la hacienda Colón del Zarzal, del Dr. Eduardo Vallejo. Le ruego pasarme la contestación por Radio. Mil gracias. Salúdolo cordialmente. — Roberto Yepes B.".

7º—Marconigrama original en donde se lee:

"Cali 28 Sep. Roberto Yepes Armenia. Es cierto Salúdolo — Hernando Caicedo".

La correspondencia cruzada entre Yepes y el doctor Hernando Caicedo obra en el juicio sin que se hubiera obtenido prueba distinta para establecer los hechos que en ella se relatan. Bien claro se comprende que de tales escritos no puede deducirse prueba alguna contra Vallejo respecto de los hechos que al actor correspondía demostrar como fundamento de su acción.

Las cartas y radiogramas pueden valer como prueba de confesión contra el remitente respecto de hechos que le perjudican, cuando ellos han sido reconocidos en cualquiera de las formas legales por su autor.

El Tribunal cometió grave error al atribuir a tales papeles el valor que el artículo 638 asigna a los asientos de los corredores o agentes de cambio, los cuales equivalen al dicho de un testigo y aún pueden tener fuerza de plena prueba cuando la parte contra quien se aducen no produzca pruebas suficientes que los desvirtúen.

La correspondencia mencionada que el actor acompañó a la demanda, no constituye los "asientos" a que se refiere el artículo 638. Tales asientos son las constancias que el corredor o agente de cambio anota en sus libros mercantiles que está obligado especialmente a llevar (C. de Co., artículos 76, 79 y 96).

Por otra parte, no estando demostrada la calidad de corredor profesional por parte de Yepes, éste no podía invocar su condición de comerciante.

Así pues, no hay prueba legal de las gestiones hechas por Yepes para la venta de la hacienda "Colón", ni el negocio que se dice concluído entre Vallejo y Caicedo por la intermediación de aquél.

En consecuencia, debe mantenerse la absolución proferida por el juez a quo.

VI—Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 28 de mayo de 1954, dictada en el presente juicio, y en su lugar confirma la sentencia dictada el 19 de septiembre de 1953 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, que negó las súplicas de la demanda.

Sin costas.

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

Jorge Hernández Arbeláez.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

JUICIOS EN QUE SE PIDE A FAVOR O EN CONTRA DE UNA SUCESION ILIQUIDA O DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA E ILIQUIDA.—MANERA DE LLEVAR AL JUICIO INSTRUMENTOS PUBLICOS. — ALCANCE DEL ARTICULO 636 DEL CODIGO JUDICIAL

1—No hay indebida representación del demandante en juicio porque en uno en que se soliciten declaraciones a favor de una sociedad conyugal disuelta e iliquida o de una sucesión también iliquida, la persona que confiere el poder para que se intente la acción diga que lo hace en su propio nombre. En efecto, como la sucesión iliquida y la sociedad conyugal disuelta e iliquida no son personas capaces de comparecer en juicio, ni los herederos, en el primer caso, ni el cónyuge supérstite o los herederos del cónyuge difunto, en el segundo caso, pueden decir que lo confieren para que actúe la sucesión o la sociedad conyugal.

2—Indudablemente el artículo 636 del Código Judicial se refiere a los instrumentos que obran en poder de un funcionario y que no pueden llevarse originales al proceso en donde deben ser tenidos como pruebas; pero cuando se trata de allegar al proceso, no la copia, sino el instrumento mismo, no existe razón alguna para que sea indispensable pedir la copia del instrumento. El requisito de la copia no tiene otra finalidad que la de que las partes estén seguras de la autenticidad del instrumento cuando éste no se presenta con la demanda. Si la parte contraria consiente el auto en que se ordena que se tengan como pruebas los documentos en la forma pedida por el interesado en llevarlos al juicio se crea una situación procesal que no es dable variar, porque las partes han prestado su consentimiento a esa situación, lo que pueden hacer por tratarse de cuestiones en que no está interesado el orden público.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Con poder especial que le confirieron María del Carmen Ramírez v. de Castaño, Carmen Emilia Castaño Ramírez y Carmen Rosa Castaño Ramírez, el abogado Alfonso Castaño Medina inició juicio ordinario de mayor cuantía contra Inocencio Ocampo Ramírez, para que por los trámites señalados en el capítulo II del Título XVIII del libro 2º del Código de Procedimiento Civil, y con citación y audiencia del demandado, se hagan las siguientes declaraciones:

Que es simulado el contrato ostensible y aparente de compra-venta celebrado entre el demandado Inocencio Ocampo Ramírez y María del Carmen Ramírez v. de Castaño por escritura pública número 678 de la notaría de Santa Rosa de Cabal, el día 2 de octubre de 1941, por la cual aparece vendiendo la segunda al primero un lote de terreno, que en esa misma escritura se determina.

Que dicho inmueble es de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal disuelta e iliquida de Azarías Castaño y María del Carmen Ramírez v. de Castaño, o de la sucesión del primero, o de la comunidad formada por el cónyuge sobreviviente María del Carmen Ramírez v. de Castaño y los herederos del causante Azarías Castaño, una u otra representada por las mismas personas a saber: por la cónyuge sobreviviente María del Carmen Ramírez v. de Castaño y por los herederos del causante, que son: Ana Francisca, Heliodoro, Nacianceno, Joaquín, Elisco, Juan de la Rosa, Angel María, Carmen Rosa, Rosa María y Carmen Emilia Castaño, como hijos legítimos del causante y Oliva Castaño González, heredera por representación de su madre Isabel Castaño Ramírez.

Que el demandado Inocencio Ocampo Ramírez, como poseedor del terreno en litigio, con todas sus anexidades y mejoras, está en la obligación de restituirlo a dicha sociedad conyugal disuelta e iliquida, o a la sucesión de Azarías Castaño, o a la comunidad formada por los herederos de éste y por la cónyuge sobreviviente, dentro del término que el juzgado señale.

Que el demandado está en la obligación de pagar a la sociedad conyugal o a la sucesión, o a la

comunidad, los frutos civiles y naturales del mencionado terreno, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido percibir el dueño teniendo la cosa en su poder, con mediana inteligencia y actividad, desde el 2 de octubre de 1941, en que fue firmada la escritura número 678, hasta el día de la entrega de la citada propiedad por el demandado.

Subsidiariamente pidió:

Que se declare que por la escritura número 678 citada, María del Carmen Ramírez de Castaño vendió a Inocencio Ocampo Ramírez "un lote de terreno ajeno", determinado en la misma escritura y en el libelo de demanda.

Que se declare que dicho terreno es de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, de Azarías Castaño y María del Carmen Ramírez, o de la sucesión de Castaño, o de la comunidad formada por la cónyuge sobreviviente y los herederos, ya citados atrás.

Que el demandado como poseedor del terreno con todas sus anexidades y dependencias debe restituirlo a dicha sociedad conyugal, o a la sucesión de Azarías Castaño, o a la comunidad formada por los herederos de Castaño y por la cónyuge sobreviviente.

Que el citado Castaño está en la obligación de pagar todos los frutos naturales o civiles que haya producido el terreno y los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad teniendo el terreno en su poder el dueño del mismo, desde el día de la firma de la escritura número 678 hasta cuando se haga la entrega.

Pide también, en todo caso, que se decrete la cancelación del registro de la escritura número 678 citada y que se condene al demandado en las costas del juicio.

El demandado se opuso a las peticiones del demandante y surtido el trámite de primera instancia, el juez del circuito de Santa Rosa (Caldas) resolvió:

"1º—Está probada la excepción de carencia de personería de la demandante María del Carmen Ramírez;

"2º—Están igualmente probadas, contra las demandantes, las excepciones de carencia de acción y prescripción ordinaria. No es el caso de hacer ninguna declaratoria en relación con la excepción genérica de que habla el artículo 329 del C. J.;

"3º—Se absuelve al señor Inocencio Ocampo de los cargos de la demanda, en su parte principal y subsidiaria, que por medio de apoderado le formularon Carmen Ramírez vda. de Castaño, Carmen Emilia y Carmen Rosa Castaño Ramírez;

"4º—El demandado, o su apoderado denunció el pleito a la señora María del Carmen Ramírez vda. de Castaño y no hay motivo para formular ninguna declaratoria sobre tal denuncia de pleito;

"5º—De acuerdo con el artículo 1º de la ley 38 de 1943 se ordena cancelar el registro de la demanda que aparece efectuado el 23 de agosto de 1951, y

"6º—Se condena en costas a las demandantes (artículo 2º, decreto 243 de 1951)".

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de veintiseis de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, revocó en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar resolvió:

"1º—No se hace ninguna de las declaraciones solicitadas en las peticiones principales de la demanda, y en consecuencia se absuelve al demandado de lo pedido en ellas.

"2º—Declárase que pertenece a la sociedad conyugal de María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño, disuelta por muerte del cónyuge Castaño y actualmente ilíquida, el siguiente inmueble: un lote de terreno con dos casas de habitación, sementeras de café, plátano y pastos, situado en el punto denominado "La Castaña", fracción de "La Gorgona", jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal, comprendido por los siguientes linderos: 'de un mojón de piedra que está en la cuchilla del Carboneral, siguiendo la cuchilla para abajo, hasta el mojón del guadualito, mojón de dos puntos; de éste en línea recta al amagamiento del guadualito; por éste arriba hasta su nacimiento; de éste en línea recta al mojón del dulumoco; siguiendo la misma línea al mojón del nogal que queda en el amagamiento lindero con Pedro Valencia; por éste arriba a su nacimiento; y siguiendo la vaga de para arriba al primer lindero'.

"3º—Condénase al demandado señor Inocencio Ocampo Ramírez, mayor de edad y vecino de Santa Rosa de Cabal, a restituir a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño, el inmueble descrito en el numeral anterior de la parte resolutiva de esta sentencia. La restitución la hará el demandado tan pronto como le sea cubierto o se le garantice el pago de la prestación que a su favor se reconoce en el numeral 5º de esta parte resolutiva.

"4º—**Condénase** al mismo demandado Inocencio Ocampo Ramírez a restituir a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño, los frutos naturales y civiles percibidos por él después de la contestación de la demanda (29 de enero de 1952) y hasta el día en que se verifique la restitución del inmueble ordenada en el numeral 3º precedente, frutos cuyo monto se regulará por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J. Los frutos que restituirá el demandado serán no solamente los percibidos por él, sino los que hubiera podido percibir la sociedad conyugal con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. De los frutos que se ordena restituir quedan excluidos los que hayan podido producir las mejoras cuyo valor se ordena reembolsar al demandado en el siguiente numeral.

"5º **Condénase** a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño a pagar al demandado señor Inocencio Ocampo R., la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, valor de las mejoras de café, plátano y yuca puestas por éste en el inmueble materia de este juicio.

"6º—Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la señora María del Carmen Ramírez v. de Castaño, en lo que respecta a las acciones incoadas con las peticiones subsidiarias de la demanda.

"7º—Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por el demandado.

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

Para no aceptar la simulación del contrato celebrado entre la señora Ramírez de Castaño y el demandado Ocampo Ramírez, el Tribunal parte de la base de que la demanda fue iniciada en nombre de la sociedad conyugal que existió entre María del Carmen Ramírez de Castaño y Azarías Castaño, disuelta por la muerte del marido, y representada en el juicio por la cónyuge sobreviviente y por los otros demandantes herederos. Y dice el Tribunal:

"Respecto a este problema del interés de los terceros para solicitar la declaración de simulación, la Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones ha repetido los siguientes conceptos:

"No todo sujeto de derecho puede ejercitar la acción de simulación: necesita que se evidencie o se perfile en él claramente un interés jurídico actual, no de expectativa, y que ese mismo interés aparezca protegido por la ley, por resultar lesionado por el acto simulado ejectuado sólo merced a confusión o colusiones con extraños.... En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese 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, desfavorable o sentimental que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran 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 entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley. El perjuicio de donde se deriva 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". (Gaceta Judicial Nº 1959, págs. 848 y 848).

"De acuerdo con las ideas anteriores no es aventurado afirmar, entonces, que para que los terceros puedan ejercitar la acción de simulación es necesario que el derecho a cuya protección aspiran no pueda ser amparado sino únicamente en el caso de que para ello sea indispensable e ineludible la declaración de simulación. En otras palabras, que el acto simulado afecte en tal forma al tercero, que sólo haciéndolo desaparecer, o sólo poniendo a la vista el pacto oculto que se esconde tras el ostensible, sea posible enmendar el menoscabo o perjuicio sufrido por ese tercero, quien al ser declarada la simulación quedará restablecido en la situación en que se encontraba antes de celebrarse el acto simulado. De esta suerte, cuando la protección de los derechos de terceros puede ser obtenida sin necesidad de que la simulación sea previamente declarada, es decir, cuando en la consecución de ese fin no tiene qué jugar papel ninguno el acto simulado, entonces dichos terceros carecen de interés para ejercitar la acción de simulación, pues en tal hipótesis lo que ocurre realmente es que el acto simulado no es causa directa o determinante de la lesión sufrida por el tercero. Por lo demás, es muy lógico que en este evento el tercero se encuentra inhabilitado para accionar en simulación, porque si únicamente como excepción a la regla general de la relatividad contractual es que se permite a los terceros obrar en tal sentido, una posibilidad excepcional como esa no puede entenderse configurada sino cuando la defensa de

los derechos de los terceros así lo exija y haga imperativo.

"Por el camino que se deja trazado se llega al resultado de que cuando al tercero que se dice afectado por un acto simulado le brinda la ley una acción distinta a la de simulación, mediante la cual pueda lograr plenamente la reintegración o la defensa de sus derechos, entonces es esta acción y no la simulación la que puede ejercitar. Si por disponer de otra acción no le es necesario al tercero que se declare una simulación, dedúcese en consecuencia que carece de interés jurídico para pedir que ésta se declare.

"Aplicando las consideraciones precedentes al caso de autos, se llega a la conclusión de que la parte actora en este juicio carece de interés jurídico para ejercitar la acción de simulación incoada en la demanda. En efecto, la declaración de simulación se pide a nombre de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida, y ella se refiere a un acto de disposición de un bien de la misma sociedad, frente al cual ésta es un tercero. Es decir, que se trata de una venta de cosa ajena que el verdadero dueño ataca como absolutamente simulada, pretendiendo de esa manera que el bien vuelva a sus manos. Como es obvio, en el fenómeno de la venta de cosa ajena no cabe imaginar que los derechos del verdadero dueño queden afectados (artículo 1871 del C. C.); éste puede hacerlos valer directamente frente al comprador, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria o de dominio, y sin que para ello le sea necesario atacar el contrato en virtud del cual aquél adquirió el bien, todo ello como consecuencia del carácter real del derecho de dominio, de existir éste erga omnes y ser oponible a todo el mundo. En otras palabras, el verdadero dueño nada tiene qué ver con el acto por el cual la cosa que le pertenece es vendida por un tercero, ningún perjuicio o menoscabo jurídico nuevo puede resultarle de un acto como ese, y por lo mismo para él es indiferente que el acto sea serio o simulado. A él sólo le interesa recobrar la cosa de que es dueño, y ese interés lo puede satisfacer directamente ejercitando la acción de dominio o reivindicatoria.

"De esta suerte, pues, queda claro que en el caso de autos la venta hecha por la señora María del Carmen Ramírez de Castaño dejó intacto el derecho de dominio correspondiente a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Ramírez-Castaño, que dicha venta no vino a herir en forma directa, real y determinada ese derecho de dominio, de donde resulta un primer motivo para negarle a dicha sociedad interés jurídico para demandar la declaración de simulación que propone en la demanda. De otro lado, constituye un segundo motivo para negar ese interés la circunstancia de que la sociedad aludida disponga de una acción reivindicatoria contra el mismo a quien se ha demandado en simulación, por las razones más arriba expuestas.

"No contraría el sentido de estas consideraciones el hecho de que en este juicio esté actuando la señora María del Carmen Ramírez v. de Castaño, que fue parte en el contrato que se tacha de simulado, pues la acción no fue entablada en su propio nombre sino en el de la sociedad conyugal disuelta que ella y los otros demandantes representan.

"La acción de simulación aquí incoada no puede prosperar, pues no tanto porque no se hubiere demostrado la simulación misma, como lo consideró el juzgado a quo, sino porque la comunidad universal en cuyo nombre se estableció la demanda carece de interés jurídico necesario para ejercitar tal acción. Es claro que dentro del orden lógico de las cosas, la cuestión de saber si existe o nó interés jurídico para promover una acción, se presenta primero que la de saber si los hechos constitutivos de esa acción están o nó demostrados, y por lo mismo el resultado negativo del examen de aquella primera cuestión hace innecesario el examen de la segunda".

Para llegar a la conclusión de que se trata de la venta de un bien raíz que pertenecía a la sociedad conyugal Castaño-Ramírez y que por lo tanto debe prosperar contra el demandado Ocampo la acción reivindicatoria subsidiariamente incoada, razona así el Tribunal:

"Respecto a las peticiones subsidiarias de la demanda, en las cuales está manifestado el ejercicio de una acción reivindicatoria, se considera:

"En autos está demostrado, con las correspondientes partidas de estado civil:

"a), que el 29 de abril de 1894 contrajeron matrimonio católico María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño; b), que de ese matrimonio nacieron, entre otros hijos legítimos, Carmen Emilia y Carmen Rosa Castaño Ramírez, quienes en unión de la señora Ramírez de Castaño promovieron el presente juicio; y c), que el primero de julio de 1934 murió el señor Azarías Castaño.

"Obran igualmente en autos copias debidamente registradas de las siguientes escrituras: a), de la escritura pública número 240, otorgada en la notaría de Chinchiná el 4 de noviembre de 1933, por medio de la cual María del Carmen Ramírez

de Castaño compró al señor José Joaquín Bedoya el inmueble "La Castaña", situado en la fracción de "La Gorgona", municipio de Santa Rosa de Cabal, y b), de la escritura pública número 678, otorgada en la notaría de Santa Rosa de Cabal el 2 de octubre de 1941, por medio de la cual María del Carmen Ramírez de Castaño vende al mismo inmueble "La Castaña" al señor Inocencio Ocampo Ramírez.

"Por medio de inspección ocular practicada en asocio de peritos se estableció que el inmueble adquirido por la señora Ramírez de Castaño mediante la escritura 240, es el mismo vendido por ella al señor Inocencio Ocampo Ramírez mediante la escritura 678, y el mismo a que se refiere la demanda que encabeza este juicio.

"De la combinación de los distintos hechos que se dejan relacionados se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas: 1ª, que habiendo adquirido la señora María del Carmen Ramírez de Castaño el inmueble "La Castaña" después de haber contraído matrimonio con el señor Azarías Castaño y antes de que se disolviera la sociedad conyugal por muerte de este último, tal inmueble es un bien gananciál que ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal aludida (artículo 1781 del C. C., numeral 5º); 2ª, que si bien la señora Ramírez de Castaño tenía la libre administración y disposición de dicho inmueble, conforme al artículo 1º de la ley 28 de 1932, ello sólo era 'durante el matrimonio', como claramente lo dice el mismo artículo citado; es decir, que disuelto el matrimonio por muerte del cónyuge Castaño, cesaron aquellas facultades de administración y disposición, porque el bien, que antes figuraba en el patrimonio de la cónyuge adquirente, pasó al disolverse la sociedad, a figurar entre los bienes de la sociedad conyugal, a formar parte integrante de una masa universal sujeta a liquidación y a distribución entre la cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto (artículo 1821 y siguientes del C. C.); 3ª, que, por consiguiente, habiendo la señora Ramírez de Castaño enajenado el inmueble en referencia después de disuelta la sociedad conyugal y antes de la liquidación y partición de su patrimonio, dispuso de cosa ajena, porque su derecho sobre la universalidad no le daba derecho ninguno en relación con los bienes individuales que componían ésta, conforme se deduce de los principios generales en materia de universalidades, y en especial del espíritu de los artículos 779 y 1401 del C. C.; y 4ª, que si la señora Ramírez de Castaño vendió cosa ajena, entonces el comprador señor Inocencio Ocampo R., no pudo adquirir el derecho de dominio sobre el bien objeto de la venta (art. 752 del C. C.), máxime cuando si bien la venta de cosa ajena vale, ello es sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño (artículo 1871 del C. C.).

"En estas condiciones, pues, no puede negarse que la acción reivindicatoria subsidiariamente incoada en la demanda, está plenamente demostrada, y que en consecuencia debe prosperar contra el señor Inocencio Ocampo, quien por lo demás es el actual poseedor del inmueble reivindicado, según aceptación expresa suya sobre el particular, contenida en la respuesta afirmativa que le dió a la décima-cuarta de las posiciones que absolvió a petición de la parte demandante, lo que se afirma para aludir sólo a una de las varias pruebas que acreditan tal circunstancia".

Se transcriben los anteriores apartes de la sentencia, pues, como se verá luego, el recurrente le ataca porque el juzgador aceptó que el poder conferido por la parte demandante fue suficiente para pedir en nombre de la sociedad conyugal disuelta y porque aceptó, también, que está bien acreditado en el expediente el hecho del matrimonio celebrado entre Azarías Castaño y María del Carmen Ramírez; la muerte de Azarías Castaño, y por consiguiente la disolución de la sociedad conyugal; y el carácter de herederos de Carmen Emilia y de Carmen Rosa Castaño Ramírez, demandantes con la cónyuge sobreviviente. Ninguna tacha le hace el recurrente a la sentencia en cuanto al fondo del fallo, como así aparece de la demanda en casación.

Como están cumplidas las ritualidades propias del recurso, procede la Corte a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Los cargos en casación

Dice así el recurrente en la demanda:

"....formulo demanda de casación contra la sentencia del 26 de mayo de 1953 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario de María del Carmen Ramírez, Carmen Rosa y Carmen Emilia Castaño por errores de hecho en la interpretación del poder y de la demanda; error de derecho en la apreciación de algunas pruebas fundamentales; violación directa de la ley y por haber incurrido en causal de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J. Quiere decir que me estoy apoyando para formular esta demanda en los ordinales 1º y 6º del artículo 520 del C. J."

Y en cinco capítulos divide su demanda de ca-

sación para estudiar y dar la razón de los cargos.

En el capítulo primero "Error de hecho en la interpretación del poder y de la demanda", afirma el recurrente que el poder con que obra el apoderado fue conferido para que obrase en nombre propio de las poderdantes y no en nombre de la sociedad conyugal ilíquida; que la demanda se instauró hablando el apoderado en nombre de la sociedad conyugal ilíquida de María del Carmen Ramírez y Azarías Castaño, o de la sucesión de este último, o de la comunidad entre Castaño y la Ramírez, es decir, explica el recurrente, "el doctor Castaño no pidió para sus poderdantes sino para la sociedad conyugal ilíquida, la sucesión o la comunidad" y como el Tribunal entendió que el poder conferido al abogado Castaño lo autorizaba para obrar en nombre de una sociedad conyugal ilíquida y reconoció en él la personería suficiente para representar a ésta y en favor de ella hizo las declaraciones de la sentencia, cometió un evidente error de hecho en la interpretación del poder y de la demanda. Existe, por lo tanto, afirma el recurrente, la ilegitimidad de la personería, y como consecuencia la nulidad del juicio.

Como consecuencia del error de hecho el Tribunal dejó de aplicar los artículos 269, 343 y 344 del Código Judicial, "pues ha debido reconocer la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora"; aplicó indebidamente los artículos 946, 950, 961 y 966 del Código Civil, dejó de aplicar el artículo 2157 del mismo Código y aplicó indebidamente el artículo 270 del Código Judicial.

Se considera:

Toda la argumentación del recurrente reposa en que el poder conferido al apoderado lo fue para que obrara en nombre propio de las poderdantes y como el apoderado pidió para una sociedad conyugal ilíquida, o para una sucesión o para una comunidad, entonces el apoderado no tenía facultad para obrar así y el Tribunal incurrió en error de hecho al aceptar la demanda que presentó el apoderado. Afirma que ha debido declararse la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

Es evidente que al fallecer el cónyuge Azarías Castaño se disolvió la sociedad conyugal que existiera con María del Carmen Ramírez, y que se formó por el hecho del matrimonio, y surgió también la universalidad de bienes que constituye la herencia dejada por Castaño y que está representada por sus herederos.

Pero esa universalidad de bienes, o sea la sucesión, no es una persona capaz de comparecer en juicio; son los herederos quienes pueden ser demandantes o demandados, en interés de la masa herencial; y la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, tampoco es una persona de las que pueden actuar en un proceso; es el cónyuge sobreviviente y los herederos quienes pueden pedir o a quienes se puede demandar para el cumplimiento de obligaciones que pesaran sobre los bienes sociales.

Entonces ni María del Carmen Ramírez como cónyuge sobreviviente, ni Carmen Emilia y Carmen Rosa Castaño Ramírez, como herederas, podían conferir poder para que actuara ni la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, ni la sucesión de Azarías Castaño. El poder debía ser conferido en el propio nombre de las poderdantes, que son las personas naturales que lo podían otorgar. Y si está claramente especificado en el poder cuál es la persona del demandado, cuál es la acción por intentar y cuál es el terreno que se pide restituya el demandado, es claro que las poderdantes actuaron bien representadas en el juicio, porque una lógica interpretación de los hechos demuestra la voluntad de las poderdantes, quienes no podían dar un poder sino para que fueran representadas en sus calidades de cónyuge sobreviviente y de herederas.

Cuando se discute la identidad del actor con la persona a quien la ley le dá la acción para hacer efectivo su derecho, se contempla el caso de la legitimación en la causa, que es cosa muy distinta a la capacidad para comparecer en juicio como parte.

Si se hubiera demostrado que María del Carmen Ramírez no es cónyuge sobreviviente de Azarías Castaño y que Carmen Emilia y Carmen Rosa Castaño no son sus hijas legítimas, entonces sí no se habría podido decir que esas personas tienen derecho a pedir, la primera para la sociedad conyugal disuelta, y las dos últimas para la sucesión de su padre.

Además, bien habrían podido omitir en el poder la expresión "en nuestro nombre", sin que esto quisiera decir que el poder estaba mal conferido o que fue insuficiente, y si la ausencia de esa expresión no afectaba la validez del poder, tampoco lo afecta el hecho de que exista en el memorial que contiene el poder. Este aparece conferido con el lleno de todas las formalidades

legales que la ley exige para constituir los apoderados judiciales y no puede sacrificarse el derecho de las demandantes a la rigidez de las palabras, porque aquél y no éstas es lo que debe tener en cuenta el juzgador cuando administra justicia.

No existe, por lo tanto, ni errada apreciación del Tribunal en la interpretación del poder y de la demanda, ni la nulidad que pudiera dar lugar al éxito del recurso, fundada en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, porque no está demostrada la causal de nulidad a que alude el artículo 448 del Código Judicial, por no existir la ilegitimidad de la personería, para el juicio, ni en las partes ni en sus apoderados judiciales. Por lo demás, aun cuando faltara la legitimación en el proceso en los demandantes, no sería su contraparte la llamada a alegar el vacío como causal de nulidad, y, por lo mismo, de casación.

En el capítulo segundo de la demanda pretende el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de los certificados de origen eclesiástico que obran en el expediente y de los que se deduce el matrimonio que Azarías Castaño y María del Carmen Ramírez contrajeron en el mes de abril de mil ochocientos noventa y cuatro; el fallecimiento de Castaño en el mes de julio de mil novecientos treinta y cuatro; y el nacimiento de Carmen Emilia y de Carmen Rosa Castaño Ramírez, hijas legítimas de Azarías Castaño y de María del Carmen Ramírez, por cuanto, dice el recurrente, esos certificados no llegaron al proceso con las formalidades prescritas para la recepción de las pruebas.

El argumento del recurrente puede sintetizarse así:

Los certificados eclesiásticos obraban en el juicio de sucesión de Azarías Castaño, del que conocía el mismo juez que conoció en primera instancia del presente litigio, no fueron presentados con la demanda, luego el procedimiento para traerlos al juicio ha debido ser el indicado en el artículo 636 del Código Judicial, es decir, que la parte actora ha debido pedir al juez que librara despacho para el mismo funcionario, a fin de que, a costa de los interesados, expidiera copias de esos certificados y así se presentaran como pruebas en el pleito. No obrando así, los certificados carecen de valor probatorio y el Tribunal cometió evidente error de derecho al estimarlos cómo pruebas.

Durante el término de pruebas, en la primera instancia, la parte actora pidió: "Que del juicio de sucesión de Azarías Castaño adelantado actualmente en su despacho, se ordene el desglose de las siguientes partidas, para que sean agregadas al presente juicio ordinario: la partida de matrimonio de María del Carmen Ramírez con Azarías Castaño Castaño; la partida de defunción de éste; las partidas de bautismo de Ana Francisca, Eliseo Antonio, M. Carmen Rosa, Rosa María, Carmen Emilia y María Isabel Castaño Ramírez; la de matrimonio de Lorenzo González con María Isabel Castaño". "Que se expida copia de la declaratoria de herederos en el mismo juicio de sucesión de Azarías Castaño, para agregarla a este juicio ordinario".

El juez del conocimiento en providencia de treinta de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, resolvió:

"Previa citación de la parte contraria, se mandan practicar y tener como pruebas las pedidas en el memorial anterior...' Por la secretaría se hará el desglose solicitado, ya que el memorialista fue quien en nombre de la misma parte que aquí representa, presentó los documentos en la sucesión de Azarías Castaño. Igualmente la secretaría expedirá las copias pedidas".

Esta providencia del juez quedó ejecutoriada, sin observación ninguna por parte del demandado Lorencio Ocampo, y en cumplimiento de ella vinieron a este juicio ordinario, no sólo los certificados de origen eclesiástico expedidos por los curas párrocos respectivos, sino la copia del auto del juez en el que declara abierta la sucesión de Azarías Castaño y tiene como herederos de dicho señor a Carmen Emilia y a Carmen Rosa Castaño Ramírez, como hijas legítimas.

Es cierto que el artículo 636 del Código Judicial indica cómo deben ser pedidas las copias de los instrumentos públicos para que se tengan como pruebas en los juicios, lo que debe hacerse por medio del despacho que el juez libra al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado expida u ordene expedir la copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro.

Pero indudablemente este artículo se refiere a los instrumentos que obran en poder de un funcionario y que no pueden llevarse originales al proceso en donde deben ser tenidos como pruebas; pero cuando se trata de allegar al proceso, no la copia, sino el instrumento mismo, no existe ninguna razón para que sea indispensable pedir la copia del instrumento. El requisito de la copia no tiene otra finalidad distinta de que las partes estén seguras de la autenticidad del ins-

trumento, cuando éstos no se presentan con la demanda. Si la parte contraria consiente el auto en que se ordena que se tengan como pruebas los documentos en la forma pedida por el interesado en llevarlos al juicio, se crea una situación procesal que no es dable variar, porque las partes han prestado su consentimiento a esa situación, lo que pueden hacer por tratarse de cuestiones en que no está interesado el orden público.

En el caso que se estudia, los documentos de origen eclesiástico fueron pedidos como pruebas durante el término respectivo, el juez ordenó que se tuvieran como pruebas en la forma pedida y la parte demandada no objetó nada y tácitamente aceptó que obraran en el juicio tal como se presentaron. Durante todo el proceso esos documentos no fueron tachados y sólo ahora, en el recurso de casación, pretende el recurrente que el Tribunal cometió error de derecho en su apreciación, pues no se pidió que el funcionario los enviara al juicio como copias de los que obraban en otro juicio del conocimiento del mismo juez. Lo dicho es suficiente para apreciar cómo el Tribunal no incurrió en ningún error de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el recurrente, y por tanto el cargo tampoco prospera por este aspecto.

Por otra parte, se observa que como este punto probatorio no fue discutido en instancia, constituye un medio nuevo en casación, lo cual sería por sí solo suficiente para rechazar el cargo.

En cuanto al cargo que contiene el capítulo 4º, se observa: las consecuencias del fallo adverso no son materia del juicio donde la evicción se produce, sino de un juicio separado, y por lo tanto, no existe la infracción de las normas que cita el recurrente.

Para rechazar el cargo del capítulo 5º basta observar que carece de interés el recurrente, pues es al reivindicador a quien la ley le confiere la opción de que trata el inciso tercero del artículo 966 del Código Civil y no al poseedor vencido.

Todo lo anterior conduce a que el recurso interpuesto no puede prosperar, y por tanto, la Corte Suprema de Justicia en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el día veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio ordinario de María del Carmen Ramírez y otras, contra Inocencio Ocampo.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez R. — Julio Paráo Dávila. — Ernesto Melendro L., Secretario.

ALCANCE DE LA FACULTAD DE LOS JUECES PARA INTERPRETAR LAS DEMANDAS.—HAY FALTA DE LEGITIMACION DE LA PARTE DEMANDADA SI EN JUICIO SOBRE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA NO SE DEMANDA TAMBIEN AL VENDEDOR

1—La facultad que tienen los jueces de instancia para interpretar la demanda no puede llegar, so pretexto de buscar su verdadera intención, hasta el extremo de desconocer la naturaleza de la acción incoada; ello equivaldría a modificar esencialmente la situación planteada al trabarse el lazo jurídico procesal y a realizar oficiosamente una intervención que colocaría a una de las partes en condiciones de no poder evitar las sorpresas en las resoluciones judiciales, que no pudieron ser previstas en el desarrollo del debate.

2—No pueden los jueces, en uso de la facultad que tienen para interpretar las demandas, corregir las equivocaciones de fondo en que hayan incurrido los apoderados de las partes.

3—Si en juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa no se demanda también al vendedor, sino solamente al comprador, hay falta de legitimación de la parte demandada (legitimatio ad processum) y el fallador no puede entrar a definir el fondo del negocio por ausencia de este presupuesto procesal; porque proferida la invalidez o ineficacia de la convención tendrían cumplido efecto las consecuencias previstas por el artículo 1746 del C. C. y a ello no podría llegarse sin que se fulminara implícitamente una condena contra quien no fue demandado y no podía, por lo tanto, ser sujeto pasivo de obligaciones impuestas con prescindencia del derecho de defensa.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Gigante la señorita Modesta Díaz Botello, por conducto de personero legalmente constituído propuso demanda ordinaria contra doña Sixta Tulia Valdés de Vargas a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—Que está afectado de nulidad absoluta y por lo mismo debe cancelarse en razón de la falta de ciertos requisitos legales, el contrato de compraventa celebrado en escritura pública Nº 113 de 18 de febrero de 1950, pasada en la Notaría de Garzón, registrada en el libro de Gigante con el Nº 1º, Tomo 1º, folios 149 bajo el número 269, mediante la cual Santiago Díaz vendió a Sixta Valdés de Vargas el derecho de dominio y posesión sobre un lote llamado "Guadaleja", situado en la fracción de Vega Grande, del municipio de Gigante, con superficie de 40 hectáreas y con su enramada de habitación con pastos cultivados y algunas sementeras y rastrojos, determinado dentro de los siguientes linderos...".

"2º—Que como consecuencia de la nulidad anotada en el punto primero de esta demanda, se declare que es perfecto el título Nº 471 de 14 de agosto de 1950 y registrado el día 28 de los mismos mes y año en el Libro 1º Tomo 1º Folios 154 bajo el Nº 279, por medio de la cual los esposos Santiago Díaz y María de la Cruz Botello de Díaz le dieron en venta real y enajenación perpetua a Modesta Díaz Botello los bienes relacionados en el punto primero de esta demanda".

Como hechos fundamentales de la acción anotó los siguientes:

"a) Santiago Díaz le dió vendida la finca Guadaleja a la señora Sixta Tulia Valdés por la escritura cuya nulidad se demanda.

"b) La inscripción de esta demanda (sic) que se hizo en la fecha allí anotada quedó sin la firma del Registrador en el libro donde se hizo el registro correspondiente y por lo mismo sin valor alguno.

"c) El 14 de agosto de 1950 los esposos Díaz Botello le dieron vendida la misma finca Guadaleja a Modesta Díaz Botello, escritura que quedó registrada con fecha 16 de agosto, pero la inscripción quedó con la informalidad que anota el Registrador, es decir, también sin la firma del señor Registrador de entonces José Joaquín Ramírez y por lo mismo sin valor ninguno.

"d) Con fecha 28 de agosto del mismo año se

inscribió la escritura Nº 471 de 14 de agosto del mismo año, por medio de la cual los esposos Díaz Botello le habían vendido la finca Guadaleja a Modesta Díaz Botello, ya por el señor Registrador actual José Antonio Ramírez. Según nombramiento recibido por el señor José Antonio Ramírez, según así lo aclara el certificado en el punto 4º del certificado que le adjunto.

"e) Con fecha 4 de septiembre de 1950 la señora Sixta Tulia Valdés hizo registrar la escritura Nº 113 de fecha 18 de febrero del mismo año por medio de la cual Santiago Díaz le había dado en venta la finca denominada Guadaleja, pero resulta que dicha inscripción es posterior a la escritura Nº 471 de fecha 14 de agosto del mismo año 50 y por lo mismo tiene valor la inscripción primeramente hecha de la escritura Nº 471 a que tantas veces me he referido.

"f.) Que corrobora mi aserto el mismo certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, mediante así lo expresa en el punto octavo de su certificado cuando dice: 'Que desde el día 28 de agosto de 1950 a hoy, fecha de la posterior inscripción de la escritura Nº 471 citada en el punto 4º, de este certificado, éste no ha sido cancelado por ninguno de los modos establecidos en el artículo 789 del C. C., ni sobre ella consta gravamen que afecte el dominio de la propiedad'.

En primera instancia el negocio fue definido por medio de la providencia respectiva y en virtud de la cual se absolvió a la parte demandada de los cargos que le fueron formulados. El Tribunal Superior revocó la sentencia que fue recurrido y en su lugar resolvió: "Modesta Díaz Botello por medio de la inscripción de la copia de la escritura número 471 de fecha 14 de agosto de 1950, inscripción que se verificó el 28 de los mismos mes y año en el Libro 1º, T. 1º f. 150, bajo la partida número 271 adquirió el dominio o propiedad de la finca de Las Guadalejas, determinada por los linderos que la citada escritura reza, prefiriendo esa inscripción a la verificada sobre la escritura Nº 113 de 18 de febrero de 1950, la cual carece de valor para transferir el dominio, porque cuando se verificó la inscripción, ya Santiago Díaz no era propietario de la Guadaleja".

La parte demandada interpuso contra esa sentencia el recurso de casación ante la Corte; y tramitado en debida forma, pasa a resolverse:

Dos cargos formula el recurrente. En el primero, y en el respectivo capítulo intitulado cargos por "error in procedendo", declara: "la providencia recurrida debe ser casada por la H. Corte por cuanto en ella se configura plenamente la 2ª causal que la ley estableció como base para el recurso extraordinario de casación, es decir, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones aducidas por las partes litigantes. (C. J. artículo 520 Nº 2º)".

Para fundamentar este primer cargo el recurrente transcribe la parte petitoria de la demanda y la resolutoria de la sentencia de segunda instancia declarando "que salta a la vista la incongruencia de lo pedido con la resolución tomada por el Tribunal, es decir, se profirió un fallo "extra petita".

Manifiesta el recurrente que el Tribunal se abstuvo de resolver sobre la validez o nulidad del contrato contenido en la escritura número 113, ya citada y que en consecuencia se salió de los límites que la misma "causa petendi" le fijaba; que con toda claridad se impetró la declaración de una nulidad que se concretaba en forma inequívoca en la del contrato de compraventa aludido determinándose, también con evidente claridad el objeto del contrato; que en el mismo hecho primero se vuelve a insistir sobre la calidad de la acción incoada y que la misma intención del actor se deduce de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, especialmente los artículos 1.740 y 1.741 que tratan de la nulidad y rescisión de los contratos.

Que el abstenerse el Tribunal de resolver la súplica primera de la demanda violó el artículo 471 del C. J. ya que la sentencia no contiene "el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos" y que esta incongruencia entre lo demandado y lo fallado viene a constituir un clarísimo error improcedendo que justifica la causal 2ª del artículo 520 del C. J.

Segundo cargo.

Lo hace consistir el recurrente en que el "fallador de segunda instancia, excediéndose en sus facultades decidió hacer una forzada interpretación de la demanda y por tal camino entró a resolver sobre puntos que no le correspondía estudiar, es decir, dio un verdadero fallo ultra petita, lo cual configura un "error in procedendo" que da base a la casación aplicando el número 2º del artículo 520 del C. J.". El recurrente dice que este cargo armoniza con el anterior y forma casi una unidad con él.

La Corte considera:

Insertas como se hallan las partes pertinentes de la demanda y la resolutiva del fallo recurrido, la cuestión a que aluden los cargos aparece concretamente expuesta.

Es exacto que para que el Tribunal hubiera

podido llegar a las consecuencias de su proveído, tuvo que creer que las peticiones de la demanda estaban formuladas "de modo un poco ambiguo y confuso", y optó por interpretarlas, tratando de desentrañar el verdadero espíritu e intención de la demandante. Por ello estimó que "en resumen el demandante lo que pide es que se declare que por no haberse firmado la inscripción en el registro de la escritura Nº 113 antes de inscribirse legalmente en el registro la escritura número 471, ésta tiene prelación sobre aquélla para los efectos de perfeccionar el contrato de venta hecha por Santiago Díaz de la finca de "Guadaleja", contrato que consta en ambas escrituras mencionadas".

Si el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, y así se reconoce, lógicamente ello tiene que incidir en el resultado del primer cargo con que se ataca el fallo.

La Corte estima, en contra del criterio del fallador de instancia, que las peticiones de la demanda no son "un poco ambiguas y confusas"; en forma clara, que no admite dudas ni permite rastrear o buscar una intención distinta, se pidió que se declarara la nulidad del contrato de compraventa recogido en la citada escritura 113 de 18 de febrero de 1950, por "la falta de ciertos requisitos"; y que como consecuencia de esa declaración, se declarara también que "es perfecto el título 471 de 14 de agosto del mismo año..." y por medio del cual los esposos Santiago Díaz y María de la Cruz Botello le vendieron a su hija legítima (anotación de la escritura) el mismo bien que Santiago Díaz le había transferido a Sixta Tulia Valdés de Vargas por la escritura 113. Pero el Tribunal haciendo uso de la facultad para interpretar la demanda, no solamente desconoció el sentido obvio que tienen los pedimentos, sino que de los hechos expuestos en el libelo dedujo consecuencias no previstas al trabarse la litis; y es así como el fallo contiene declaraciones que ni siquiera se deducen de la propia interpretación hecha por el sentenciador.

La acción de nulidad incoada es una acción personal, como personal es, la súplica segunda contenida en la demanda que se considera como una consecuencia de aquélla; pero el fallo llega hasta el extremo de hacer una declaración de dominio a favor de doña Modesta Díaz Botello y negatoria respecto del demandado, adentrándose en resoluciones sobre propiedad del inmueble no propuestas ni siquiera sugeridas en la demanda, base de la acción.

La facultad que tienen los jueces de instancia para interpretar la demanda no puede llegar, so pretexto de buscar su verdadera intención, hasta el extremo de desconocer la naturaleza de la acción incoada ello equivaldría a modificar esencialmente la situación planteada al trabarse el lazo jurídico procesal y a realizar oficiosamente una intervención que colocaría a una de las partes en condiciones de no poder evitar las sorpresas en las resoluciones judiciales, que no pudieron ser previstas en el desarrollo del debate; y tal ocurrencia asume caracteres de gravedad cuando la equivocada interpretación de los libelos se hace en la segunda instancia de los juicios cuando a la parte perjudicada sólo le queda el recurso de casación, en los casos en que sea pertinente, para corregir la errónea apreciación por el fallador.

Ni puede olvidarse que la iniciación y desarrollo de las acciones judiciales, por ministerio de la Carta y de la Ley, está encomendada a los profesionales del derecho en quienes es preciso suponer una adecuada preparación técnica en el ejercicio de sus actividades y, de consiguiente, no pueden los jueces, en uso de la facultad que tienen para interpretar las demandas, corregir las equivocaciones de fondo en que hayan incurrido los apoderados de las partes.

En casación de 23 de mayo de 1940 la Corte ha dicho: "El uso y adecuado empleo de los formulismos que en grande e ineludible porción corresponde por naturaleza al derecho procesal corre a cargo de los abogados que como técnicos en materia jurídica señalan las bases y condiciones fundamentales en que solicitan para sus clientes la protección jurisdiccional del Estado. Dentro de nuestro sistema procesal los jueces no pueden enmendar ni pasar de largo sobre las equivocaciones técnicas de las demandas en puntos sustanciales. En la interpretación de los libelos forenses, dentro de un régimen legal de reglamentación profesional de la abogacía, no es aceptable, como en materia contractual, el sistema subjetivo que busca preferencialmente la intención, justificada allí por la explicable ignorancia del tecnicismo jurídico en la generalidad de los contratantes, sino mas bien el objetivo de la voluntad declarada que se impone en la interpretación de la ley en gracia de su ilustrado origen y que no permite desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu".

De lo anteriormente expuesto se deduce que prosperan los cargos formulados por el recurrente y de que se viene haciendo mención por cuanto se encuentra error de hecho en la apreciación de la demanda que llevó al Tribunal a proferir

una sentencia que no está en consonancia con las pretensiones claramente manifestadas por el actor en el juicio.

Fallo de instancia.

Con fundamento en la petición principal contenida en la demanda se instauró la acción personal para obtener la nulidad del contrato recogido en la escritura Nº 113, es decir, se ha buscado destruir los efectos del vínculo contractual surgido entre quienes intervinieron en ese contrato; de consiguiente, produciendo la declaratoria de nulidad efecto retroactivo que engendra las correspondientes obligaciones civiles y dá origen a imperativas prestaciones, la acción ha debido intentarse no solamente contra el comprador, como se hizo, sino contra su vendedor directamente obligado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato; proferida la invalidez o ineficacia de la convención tendrían cumplido efecto las consecuencias previstas por el artículo 1746 del C. C. y a ello no podría llegarse sin que se fulminara implícitamente una condena contra quien no fue demandado y no podía, por lo tanto, ser objeto pasivo de obligaciones impuestas con prescindencia del derecho de defensa.

Quiere decir lo anterior que en el presente juicio no puede el fallador entrar a definir el fondo del negocio por la ausencia del presupuesto procesal de falta de legitimación de la parte demandada (legitimatio ad processum), con la anotación de que aún admitiendo la errónea interpretación hecha de la demanda por el Tribunal, hubiera de llegarse a la misma conclusión jurídica, ya que la declaración de ineficacia o prevalencia del registro de las escrituras que se han cuestionado, no podría realizarse sin la concurrencia en el juicio de las personas que intervinieron en los contratos a los cuales se refieren las inscripciones respectivas, tanto más cuanto que es al vendedor a quien le corresponde directamente la obligación de sanear debidamente el título traslaticio de dominio.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º SE CASA la sentencia acusada; 2º se revoca el fallo de primera instancia y en su lugar se desestima la demanda promovida por Modesto Díaz Botello contra Sixta Tulia Valdés de Vargas.

Costas de la 1ª instancia del juicio a cargo del actor.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre. — Alberto Zuloaga Angel. Ernesto Melendro Lugo Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES.—IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR COMO PRINCIPALES LA ACCION DE SIMULACION Y LA DE NULIDAD DEL MISMO CONTRATO POR FALTA O POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—No es inconsonante y, por consiguiente, no puede ser invalidada con fundamento en la causal segunda de casación, la sentencia que declara probada una excepción perentoria no propuesta por la parte demandada; porque, como es bien sabido, cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que siempre debe proponerse o alegarse (art. 343 del C. J.).

2.—No es posible acumular en una misma demanda, como principales, la acción de nulidad por falta o vicio del consentimiento y la de simulación, puesto que son acciones que se excluyen, ya que la última supone la existencia de un consentimiento perfecto.

3.—La interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y puede ser variada en casación por la Corte sólo en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, a dieciocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes

Cesáreo Buj y Aurora Buj de Romero Aguirre, con el carácter de herederos de Lorenza Ibáñez de Buj, en demanda contra Horacio Buj Ibáñez, presentada al Juez del Circuito de Cartagena, pidieron que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es nulo de nulidad absoluta, por falta de consentimiento de parte de la 'vendedora', el contrato de 'compra-venta' contenido en la escritura pública número 399 de fecha 15 del mes de julio de 1936, corrida en la Notaría Segunda de Cartagena;

"Segunda.—Que el demandado señor Horacio Buj no cumplió con la obligación dicticia de pagar a la vendedora el precio de esa supuesta venta;

"Tercera.—Que es simulada la venta contenida en el acto aparente consignado en la citada escritura número 399 de julio 15 de 1936, siendo la voluntad real de la 'vendedora', señora Lorenza Ibáñez Alonso de Buj, hacer una donación de 500 hectáreas de terreno, dentro de la hacienda San José de Chirococu, a su hijo Horacio Buj Ibáñez;

"Cuarta.—Que siendo de la esencia del contrato de venta el precio y no habiéndose verificado éste en la realidad de los hechos, el acto que contiene la escritura número 399 de julio 15 de 1936, precitada, se ha resuelto en donación, por falta de un requisito esencial del contrato de compraventa;

"Quinta. — Que siendo donación como se desprende de las anteriores consideraciones y hechos que dejo expuestos tal acto debió insinuarse por exceder de $ 2.000.00 y si ello es así, como efectivamente lo es, es nula la donación en el exceso de la suma de $ 2.000.00;

"Sexta.—Que la ley considera donación las daciones en pago para cancelar servicios o deudas que no consten en documentos de fecha cierta y auténtica anterior en tres meses por lo menos a la fecha del acto o instrumento, y que no debe nada la madre o el padre al hijo por servicios dentro de su patrimonio.

"Séptima.—Que en virtud de las nulidades de que adolecen los actos que registra la escritura número 399 de julio 15 de 1936, en mención y por virtud de la misma declaratoria de nulidad el lote de terreno que se dice vendido en la escritura ya referida debe ser restituído a la sucesión de la señora Lorenza Ibáñez Alonso de Buj, cuyo juicio sucesorio se encuentra abierto y radicado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Car-

tagena, para que se practiquen inventarios adicionales al mentado juicio".

Dice, en resumen, la demanda: que el 15 de julio de 1936, Horacio Buj Ibáñez consiguió, mediante una serie ininterrumpida de actos de violencia física y moral, que su madre doña Lorenza Ibáñez Alonso de Buj le diera en venta, por escritura 399 de la Notaría Segunda de Cartagena, un lote de terreno que hace parte de una hacienda denominada San José de Chirinco; que no hubo consentimiento de parte de quien aparece como vendedora en tal escritura; que el precio de que en ésta se habla no se pagó; que quien aparece como comprador no tenía bienes de ninguna clase antes de otorgarse la escritura; que la falta de precio convierte el acto aparente de venta en donación no insinuada; que la vileza del precio señalado en la escritura "es un hecho indicador de la simulada donación que encubre el acto aparente de la supuesta venta".

El demandado negó todos los hechos fundamentales de la demanda y se opuso, en consecuencia, a las declaraciones en ella solicitadas.

El Juzgado, tramitada la instancia, resolvió: "Declárase probada la excepción perentoria de petición de modo indebido. En consecuencia, no es el caso de acceder a las súplicas contenidas en la demanda. No hay lugar a condenación en costas".

Consideró el Juzgado que el ejercicio simultáneo de las acciones de nulidad y de simulación resulta improcedente; tales acciones son contrarias e incompatibles y no pueden proponerse en una misma demanda como principales, según lo dispuesto en el artículo 209 del Código Judicial. A este respecto cita el fallo varias decisiones de la Corte, entre las cuales atribuye especial importancia, por la semejanza que presenta con el caso de que trata el juicio, a la de 9 de febrero de 1944.

El Tribunal Superior de Cartagena, ante el cual fue apelado el fallo, resolvió confirmarlo.

Expone el sentenciador: que el Juzgado interpretó correctamente la demanda en la cual se intentaron, como principales, las acciones de nulidad absoluta y de simulación; que tales acciones son incompatibles y no pueden por tanto acumularse en una sola demanda, de acuerdo con el artículo 209 del Código Judicial, disposición sobre la cual ha sido clara y constante la doctrina de la Corte, expuesta en numerosos fallos; y que, en consecuencia, acertó el Juzgado al declarar probada la excepción de petición de modo indebido.

Contra el fallo de segundo grado interpuso la parte demandante recurso de casación que la Corte pasa a examinar.

La casación

El recurrente acusa el fallo por las causales primera y segunda.

Causal segunda

La sentencia, en concepto del recurrente, no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. A este respecto, observa que se declaró fundada una excepción no propuesta por la parte demandada.

Sobre lo cual basta anotar: a) que, como es bien sabido, cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse (artículo 343 del C. J.); y b) que, además, la excepción reconocida en el fallo sí fue propuesta por la parte demandada en el alegato de conclusión presentado en primera instancia (cuaderno número 1, fs. 49 y ss.).

La acusación, en consecuencia, carece por completo de fundamento.

Causal primera

Con base en ésta formula el recurrente varios cargos que la Corte procede a analizar.

Primero.—La sentencia, según el recurrente, es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea. Se equivoca el sentenciador en la apreciación de una disposición procedimental, la del artículo 209 del Código Judicial, que no es ni puede ser valla insalvable para una acumulación de acciones que tiende a realizar los fines de la economía procesal; esa errónea interpretación lo conduce a violar, también por errónea interpretación, las disposiciones de los artículos 1502, 1458, 740, 1849, 1857, 1523, 1524, 250, 251, 257 del Código Civil y 68 de la Ley 63 de 1936. Dice por otra parte el recurrente que la demanda es muy sencilla: se coaccionó a la vendedora para hacer una venta ficticia o sea una donación simulada, donación que también es nula por falta de consentimiento y de otros requisitos legales.

Acerca de lo cual se observa:

a) Que el sentenciador, en la interpretación de la disposición del artículo 209 del Código Judicial, no hace sino acoger la doctrina que, en

relación con tal texto, ha sentado la Corte en numerosas decisiones, algunas de las cuales aparecen citadas y transcritas, en lo pertinente, en el fallo acusado; así, en sentencia de 27 de julio de 1947 expresó esta Corporación: "La norma general consignada en el artículo 209 del Código Judicial no tiene más limitación, fuéra de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden sus dos primeros numerales, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la excepción o salvedad que establece para esa ocurrencia; la acumulación objetiva allí reglamentada con base en el principio de economía de los procesos judiciales solamente deja de ser legalmente posible cuando las acciones contrarias e incompatibles se proponen en forma conjunta o concurrente, como si simultáneamente se demandaran los dos términos de la opción que consagra el artículo 1546 del Código Civil o si en la misma forma principal y simultánea se pidiera la declaración de nulidad absoluta de un contrato en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes y la de simulación del mismo contrato".

b) Que al expresar el sentenciador que las acciones de nulidad por falta de consentimiento o por vicio del mismo y de simulación son incompatibles, aduce, en apoyo de tal concepto, lo resuelto por la Corte en varios fallos, cuyos fundamentos, no combatidos por el recurrente, son muy claros: en la simulación las partes están en perfecto acuerdo sobre lo que en realidad quieren efectuar; existe un concurso de voluntades, esto es, un consentimiento pleno, exento de vicios; así, por ejemplo, cuando convienen en hacer una donación dándole apariencia de venta. No es posible, por tanto, acumular en una misma demanda, como principales, las acciones de nulidad por falta o por vicio del consentimiento, y de simulación, puesto que son acciones que se excluyen ya que, como se ha dicho, la última supone la existencia de un consentimiento perfecto.

c) Que en la demanda inicial del juicio se dice claramente que la venta es nula por falta de consentimiento y que la donación lo es por falta de insinuación pero no por falta de consentimiento; más aún, se expresa, petición tercera, que fue "la voluntad real de la vendedora señora Lorenza Ibáñez Alonso de Buj, hacer una donación de 500 hectáreas de terreno, dentro de la hacienda San José de Chiricoco, a su hijo Horacio Buj Ibáñez".

d) Que no hay, por tanto, error ninguno del sentenciador en la interpretación del artículo 209 del Código Judicial, ni violación de las demás disposiciones legales citadas por el recurrente.

Segundo.—Dice, en síntesis, el recurrente: a) que para que una petición sea subsidiaria de otra no hay necesidad de decirlo expresamente: b) que, por otra parte, la declaración de nulidad por vicio del consentimiento nó es incompatible con la declaración de simulación; cita varios fallos de la Corte en que se ha dicho que los contratos simulados son nulos: y c) que la nulidad debe declararse de oficio; señala, por este aspecto, como disposiciones legales violadas, las de los artículos 1740 a 1756 del Código Civil y 2ª de la Ley 50 de 1936.

Sobre lo cual se anota:

a) Que el sentenciador, en atención a los términos muy claros de la demanda, la interpretó en el sentido de que en ella aparecen propuestas, como principales, las acciones de nulidad y de simulación; como es bien sabido, la interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella alegue y demuestre un error de hecho manifiesto, lo que no ha ocurrido en el presente caso; al respecto se advierte que el fallo no ha sido acusado por este extremo;

b) Que, como ya se expresó, acierta el sentenciador al exponer que las acciones propuestas como principales en la demanda son contrarias e incompatibles;

c) Que es cierto, como lo dice el recurrente, que en varios fallos ha dicho la Corte que los contratos simulados son nulos, pero también lo es que aun admitiendo esta errónea denominación, subsistiría el concepto fundamental del fallo sobre la incompatibilidad de las acciones propuestas en la demanda. En efecto: se pide por una parte, una declaración de nulidad con base en la falta de consentimiento, y por otra, una declaración de nulidad fundada en la simulación, que, como ya se ha dicho, supone la existencia de un consentimiento perfecto: y

d) Que el fallo, al no declarar de oficio la nulidad, no quebranta las disposiciones legales citadas por el recurrente: primero, porque como ya se ha dicho, el Tribunal obró con razón al abstenerse de decidir en el fondo; segundo, porque la nulidad de que trata el recurrente, o sea la del vicio del consentimiento, no es de las que aparecen de manifiesto en un contrato, fuéra de que es relativa y no absoluta.

Tercero.—Finalmente, el recurrente transcribe un fallo de la Corte sobre la llamada excepción de petición de modo indebido, pero no cita en este capítulo de la demanda ninguna disposición legal que pueda resultar violada en la sentencia acusada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Jorge Solo Soto, Oficial Mayor.

JUICIO DE DESLINDE

Reitera la Corte su doctrina sentada en casación de 25 de junio de 1942, conforme a la cual: "La redacción de que se valen las escrituras públicas para indicar los límites de inmuebles transferidos en ellas, es uno de los medios conducentes a establecer el alinda-miento efectivo del mismo, como es obvio; pero no puede decidir por sí sola la disputa sobre la línea de colindancia entre ese predio y el contiguo. En controversias de esta clase puede en lo general dividirse la labor del sentenciador en esta forma: analizar en primer lugar los títulos para ver cómo están redactados sus linderos, y en segundo lugar estudiar, según las pruebas pertinentes, entre las cuales por fortuna suele figurar su propia vista de ojos, la topografía del terreno y los demás elementos materiales, para indagar y determinar cómo se ajustan esas indicaciones de las escrituras a la realidad de los elementos materiales respectivos. En el caso en que dos corrientes de agua confluyen y de las cuales una se señala como lindero en las escrituras, desde esa confluencia hasta su origen, la sentencia que busca la escogencia entre esas dos corrientes podrá no conseguir el acierto buscado y ser consiguientemente atacada; pero en ataque no cabe el cargo de error de derecho o de hecho en la apreciación de los títulos".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre)

Procede hoy la Corte a considerar y decidir el recurso de casación interpuesto contra el fallo de veinticinco de enero de 1954, pronunciado por el Tribunal Superior de Ibagué, que definió el deslinde entre un predio, (lote urbano) de Marco S. Vera, Elena F. de Vera y el lote contiguo de Salim A. Hosman y Moisés Salame.

Antecedentes:

Hasta el mes de enero de 1926 los dos lotes en referencia integraban un solo globo que pertenecía a la sucesión de la señora Flora Yate Díaz.

En la partición de bienes efectuada en la causa mortuoria de dicha señora, acto que se registró el 29 de dicho mes y se protocolizó por escritura del día siguiente, se adjudicó la mitad proindiviso de la totalidad del inmueble a Teófilo Torres Díaz y la otra mitad a Bertilda Torres Díaz.

Por escritura 376 de 5 de marzo de 1947 otorgada en la Notaría Primera de Ibagué, Teófilo vendió su derecho a los prenombrados Veras; y por escritura 483 de 25 del mismo mes los Veras (dueños de la mitad) y Bertilda (de la otra mitad), efectuaron una partición material del predio, habiéndose adjudicado a Bertilda el lote Nº I, oriental, y a los Veras el occidental, con las dimensiones de 8 metros con 13 centímetros de frente, sobre la carrera 3ª y 27 metros con 70 centímetros de fondo, cada lote, obligándose los adjudicatarios a levantar la pared medianera de aquéllos.

Por escritura 856 de julio 6 de 1948, Bertilda vendió a Salim Hosman y a Moisés Salame el predio que se le había adjudicado el 25 de marzo de 1947.

Habiendo surgido dudas o dificultades sobre la línea limítrofe de los predios en cuestión, Vera y su señora propusieron juicio de deslinde contra Hosman y Salame; y en él fue señalada por el Juez 2º del circuito la línea divisoria que en seguida se verá.

La parte demandada, no conforme con el deslinde hecho, se opuso formal y oportunamente, asumiendo, conforme a la ley, la posición de demandante. En el debate ordinario que sobrevino, el Juez declaró infundada la oposición (sentencia de agosto 18 de 1953) y mantuvo la línea fijada.

El Tribunal, en el fallo de 25 de enero dijo:

"1º— **Apruébase** y tiénese como línea limítrofe de los dos lotes de terreno descritos en el instrumento público Nº 483 de 25 de marzo de 1947, de la Notaría Primera del Circuito de Ibagué, debidamente registrado, perteneciente hoy a los demandantes Marco S. Vera y Elena Fonseca de Vera y a los demandados Salim Hosman y Moisés Salame, la que demarcó el juzgado del conocimiento en diligencia de inspección ocular prac-

ticada por él el diez (10) de octubre de 1953 (fls. 31v. a 35v. del Cuad. Nº 1º), así: "Partiendo de la puntilla clavada en el muro del fondo de la edificación Vera-Fonseca hacia el sur que equidista de las edificaciones de los señores Woltarteri y Melendro siete (7) metros, noventa y siete (97) centímetros y setenta y cinco (75) centésimos de centímetro, en dirección hacia el norte, hasta dar a la puntilla que se clavó en el muro que da a la carrera 3ª y que equidista de los extremos de la edificación del señor Raad y de la del doctor Melendro, ocho (8) metros con seis y medio (6½) centímetros";

"2º. Copia auténtica de la demanda de deslinde; de lo pertinente de la referida inspección ocular; y de las sentencias de primera y segunda instancia, inscríbase en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito en el Libro Primero;

"3º—Ofíciese a la misma oficina para que cancele la inscripción de la demanda principal;

"4º—Declárase no probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados y absuélvese a Marco S. Vera y Elena Fonseca de Vera de los cargos que Salim Hosman y Moisés Salame les formularon en la demanda de oposición al deslinde;

"5º — Confírmase la sentencia recurrida en cuanto condena en las costas de la primera instancia a los demandantes oposicionistas Hosman y Salame; y

"6º—No es el caso de condenar a éstos en las costas de la segunda instancia, por las adiciones que requirió la sentencia".

Hosman y Salame, descontentos con el fallo de segunda instancia, interpusieron recurso de casación que el Tribunal les negó, por razones que la Corte, al resolver el de hecho, halló carentes de mérito (providencia de 17 de julio de 1954. Gaceta Judicial Nº 2144, página 92), concedió el recurso de casación y ahora lo resuelve así:

El recurso:

El apoderado de los impugnadores del deslinde formula dos cargos contra el fallo recurrido.

El primero lo plantea así:

"Acuso la sentencia del Tribunal como violatoria de la ley sustantiva, o sea por la primera causal de las establecidas por el artículo 520 del C. de Procedimiento Civil, violación indirecta por error de derecho en la apreciación de las pruebas.

"El Tribunal violó directamente los artículos 593, 601 y 630 del C. de Procedimiento Civil y 1759, 1761, 1765 y 1766 del C. Civil, que regulan el mérito probatorio de los instrumentos públicos. Y esta violación, constitutiva de error de derecho en la apreciación de las pruebas, llevó al Tribunal a infringir, en forma indirecta, los artículos 1602, 1603, 669 y 675 del Código Civil.

"El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación del valor probatorio de la escritura pública Nº 483 de 25 de marzo de 1947, de la Notaría Primera de Ibagué por la cual el señor Marco S. Vera y la señora Helena Fonseca de Vera, por una parte y Bertilda Torres Díaz o Yate, por la otra, verificaron la partición del inmueble a que se refiere dicho instrumento; y de la escritura Nº 856 de 6 de julio de 1948, de la Notaría Primera de Ibagué, por la cual la señorita Bertilda Torres Díaz o Yate vendió a mis mandantes el inmueble que le correspondió en aquella partición.

"El error consiste en que, debiendo haberle atribuído el Tribunal a dicha escritura Nº 483 de 25 de marzo de 1947, de la Notaría Primera de Ibagué, el valor de plena prueba contra los otorgantes Vera y Fonseca de Vera, y en favor de mis mandantes Hosman y Salame, no lo hizo.

"Violó con ello el Tribunal, en forma directa, los artículos 593, 601 y 630 del C. de P. Civil y 1759, 1761, 1765 y 1766 del Código Civil, según los cuales dicha escritura tiene el valor de plena prueba contra los demandados señores Vera y Fonseca Vera".

Y más adelante, dentro del mismo primer cargo, añade:

"Los dos primeros artículos que acaban de citarse, o sean los artículos 1602 y 1603 del C. C., establecen la firmeza de los contratos válidamente celebrados, que son ley para los contratantes, y que no pueden invalidarse sino por causas legales o por el consentimiento mutuo; y deben, además, ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

"El error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la escritura número 483 tantas veces citada, según lo anteriormente expuesto, lo condujo a desconocer el valor y firmeza de las estipulaciones contractuales de que da cuenta dicha escritura, echando por tierra la estabilidad de los contratos y la buena fe con que deben ejecutarse, especialmente tratándose de terceros, que tienen precisamente en tales estabilidad y firmeza consagradas por la ley, la garantía de sus derechos.

"No habiendo sido invalidado aquel contrato

de partición, ya por consentimiento mutuo de los otorgantes, ya por la resolución, o bien por su nulidad judicialmente declarada, conserva su integridad y no puede ser desconocido, así sea en forma parcial, como lo ha sido por la sentencia del Tribunal al reducir las dimensiones del lote adjudicado en propiedad y posesión exclusivas a la señorita Torres Díaz en aquella participación".

Como es fácil ver, los dos capítulos integrantes del cargo primero, no obstante la habilidad con que aparecen desarrollados por quien demuestra así muy singulares inteligencia y versación, desafortunadamente exhiben dos criterios inconciliables, dos puntos de vista jurídicos en pugna.

En la primera parte hace girar el recurrente toda su argumentación en el concepto, que le sirve de eje, de que el Tribunal incurrió en error de derecho al darle efecto, contra sus representados, al acto de partición contenido en la escritura 483 de 25 de marzo de 1947, realizado por los Veras, de una parte y Bertilda Torres, de otra, porque Hosman y Salame, adquirientes de la porción adjudicada a Bertilda, son terceros a quienes no perjudica aquel acto.

En la segunda parte, la argumentación se endereza a demostrar que el Tribunal incurrió en error de derecho al no apreciar en todo su valor, en contra de los Veras el acto contenido en la precitada escritura 483.

Es decir, que, en fin de cuentas (si la expresión es admisible), lo que Hosman y Salame quieren es que la partición se estime en contra de los Veras, porque los obliga, pero no en cuanto los favorece; que se estime en favor de los recurrentes (y por eso ellos adujeron y presentaron tal título), pero no en cuanto los pueda perjudicar, por considerarse terceros, lo cual implica un doble criterio inadmisible. Con razón el apoderado de la parte opositora al recurso alega:

"Sobre estos supuestos, fluye obviamente la consecuencia de que Hosman y Salame son causahabiente de Bertilda Torres Díaz; que de ésta derivan su derecho y que ocupan la plaza de aquélla en todo lo atinente a la titularidad del dominio sobre el lote número uno, así como los Veras son causahabientes de Teófilo Torres Díaz y lo suceden en el dominio sobre el lote número dos. En otras palabras, el título de los señores Hosman y Salame proviene del título de Bertilda Torres Díaz, y por ende no puede ir ni más acá ni más allá del título de su causante. Por eso no son terceros sino sucesores jurídicos de Bertilda y sujetos en consecuencia a todas las repercusiones del acto partitivo.

"En síntesis: la declaración conjunta hecha en la partición amigable de que tanto el lote número uno como el lote número dos tenían en sus frentes Sur y Norte una extensión de 8 metros con 13 centímetros cada uno, tanto aprovecha como perjudica a los contratantes y a sus causahabientes. Con esto se quiere decir, que si los propietarios de lote número uno arguyen que su propiedad no tiene por qué mermárseles y que se debe respetar la extensión fijada en la escritura de partición, este argumento se vuelve contra quien lo invoque porque los dueños del lote número dos podrían alegar en su favor la misma tesis".

(Véase al respecto la doctrina sentada por la Corte en fallo de 25 de junio de 1942 G. J. Nº 1986, página 672).

Lo que ocurrió fue que al verificar el Juez en la inspección ocular las dimensiones de los lotes, integrantes en un principio del globo común, vio que la medida del frente, sobre el propio terreno discrepaba en unos pocos centímetros de la que reza la escritura de partición y trazó la línea de los dos lotes colindantes por la mitad del globo partido, con base en la medida que él tomó.

Cabe en lo posible que en esta medida incurriera el Juez en un error, que sería de hecho, pero que no aparece de manifiesto.

Cosa semejante sucede con la apreciación contenida en el siguiente pasaje de la demanda de casación, que traslada el problema de la cabida a la zona limítrofe del lote de los Veras y del predio de sus vecinos Raad y Walteharter, en el costado opuesto al que toca con el lote de Hosman y Salame: "Allí se presentaba un dilema muy claro o bien la parte faltante del lote del señor Vera ha sido ocupado por sus vecinos, o bien hay un error en las dimensiones de que da cuenta la escritura de partición. No parece caber otra hipótesis. Ahora bien: en ninguna de tales hipótesis podía desconocerse la integridad del derecho de mis mandantes, cuyo título de dominio permanece intocable ante cualquiera de ellas.

"En efecto: en el caso de que el lote del señor Vera hubiese sido invadido por sus vecinos, es a ellos a quienes debe dirigir su reclamo, y es contra ellos contra quienes puede tener acción para recuperar su derecho. En el caso de haber habido error en la escritura de partición, es con su cocontratante señorita Bertilda Torres Díaz o Yate con quien puede definir su reclamo, bien para invalidar el contrato por error, o bien para indemnización de perjuicios por haberle adjudicado a ellos —Vera y Fonseca de Vera— un lote

menor que el que allí se hizo constar. Toda solución distinta, y más si afecta el lote de mis mandantes, que no puede ser discutido, ya que tiene un punto de partida absolutamente preciso y reconocido por ambas partes en el deslinde y en la oposición al mismo, y tiene, además, dimensiones también absolutamente ciertas —todo lo cual lo individualiza e identifica de modo inconfundible— es injurídica y violatoria del artículo 765 antes citado, a la vez que de los artículos 1.602 y 1.603 del C. C.".

El tal dilema planteado por el recurrente es entre dos hechos hipotéticos: que los Veras se dejaron quitar de sus vecinos Raad y Woltharter una zona del predio de aquéllos o que la medida que en la partición consignada en la escritura 483 se le dió al frente total fue equivocada.

El primer hecho no aparece comprobado, por tal motivo y por afectar a personas extrañas al presente litigio, no puede servir de base para decidir la disputa aquí trabada, y menos para casar el fallo recurrido, porque se trataría de impugnación de desacierto por parte del Tribunal a causa de un error de hecho que no aparece de manifiesto.

Más probable resulta el otro extremo del dilema: medida equivocada al hacer la división material, pero este error no puede traducirse en menoscabo de uno solo de los partícipes, sino de ambos y de sus causahabientes, por las razones expuestas atrás, y por las expuestas por el Juez y el Tribunal.

Lo dicho basta para concluír que el primer cargo carece de fundamento.

Cargo Segundo.

Aparece planteado así:

"Acuso, además, la sentencia del Tribunal por la causal primera establecida por el artículo 520 del C. de Procedimiento Civil, también por infracción indirecta de la ley sustantiva como consecuencia de otros errores de derecho en la estimación del mérito de las pruebas.

"El Tribunal violó los artículos 661 y 696 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 910 y 911 del Código Civil —infringidos también—, por error de derecho en la apreciación del valor probatorio de los siguientes elementos: 1º La diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial, lo mismo que las declaraciones de las partes, en cuanto demostraron la existencia de sendas paredes divisorias entre el predio de los demandados señor Vera y señora de Vera, por una parte, y José Raad y Zelic Woltharter, por otra. 2º La presunción legal de que dicha pared es medianera entre tales predios, de acuerdo con el artículo 911 del C. Civil. 3º Las declaraciones individuales de los expresados señores Raad y Woltharter acerca de no ser común, o mejor, de haber sido adquirido por Vera y señora de Vera, la parte correspondiente de dicho terreno ocupado por la pared medianera, por virtud de compras hechas por éstos a los declarantes.

"El hecho de la existencia de las paredes divisorias comunes entre los predios referidos —el de Vera y señora de Vera, por una parte, y los de Raad y Woltharter, por otra— está plenamente probado en el juicio. En eso coinciden, tanto las afirmaciones de las partes mismas, y las observaciones del Juzgado en la diligencia de inspección ocular, como el dictamen de los peritos y las propias afirmaciones de los colindantes Raad y Woltharter. Sobre la evidencia de dicha prueba, y del hecho correspondiente, considero innecesario insistir. Ahora bien: de él surge, sin lugar a la menor duda, la necesidad de dar aplicación al artículo 911 del C. Civil, según el cual dicha pared se presume medianera. Y sobre esto, surge de inmediato, con la misma evidencia, la necesidad de aplicar la disposición del artículo 661 del C. de Procedimiento Civil, que estatuye: "Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso la presunción prueba en favor del que la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario..... Violación de ley Sustantiva. Como consecuencia de dicho error de derecho, la sentencia del Tribunal —que llevó la errada interpretación hasta exigir de mis mandantes, amparados por la presunción, la comprobación de que los colindantes Vera y señora de Vera habían ocupado terrenos de estos últimos al construír— trajo como consecuencia la violación de las disposiciones sustantivas consagradas en los artículos 66, 1757, 1758, 669 y 765 del C. Civil".

Para patentizar la sinrazón de este cargo, bastan las observaciones con que finaliza el examen del anterior y el siguiente pasaje de la diligencia de deslinde, del cual aparece que el Juez tuvo en cuenta todo lo que debía considerar para el mayor acierto en la fijación de la línea limítrofe de los predios:

"El Juzgado, teniendo en cuenta las observaciones del señor apoderado de los demandados

y las del demandante, entra a resolver la situación creada por razón de la medianería de las partes que limitan el predio del señor Vera con los señores Raad y Woltharter y también en relación con la medianería del lote de los señores Hosman y Salame con la edificación del Dr. Yezid Melendro. Los señores peritos tomaron las medidas del frente de los dos predios de que se trata, teniendo en cuenta las paredes de las edificaciones que las comprenden, también incluyendo estas paredes y por último, partiendo de la mitad del espesor de ellas, como se puede ver del informe que rindieron y del plano que levantaron. En relación con la pared medianera oriental, se ordenó por el Juzgado tomar en cuenta la mitad del espesor de ella y de allí se partió hacia el occidente para tomar la medida total de los dos predios que se deslindan y concluírla en la mitad del muro que existió y cuyas huellas constató el Juzgado, y que separó la edificación antigua del señor Vera con la antigua edificación del señor Raad. Esta medida total dio diez y seis metros, trece centímetros (16,13), de manera que la mitad de esta cantidad es el punto que separa los dos predios en disputa o sea el punto que queda equidistante de tales extremos y que mide ocho metros con seis centímetros y medio (8,6½) y en donde se clavó una puntilla. Ese punto es el que sirve de base partiendo hacia el interior del predio materia de la diligencia, y el que acoge el Jugado. En el fondo, habiendo constatado el Juzgado de que la pared medianera entre el señor Vera y los Woltharter, pertenece a ellos, de esa parte se tomó la medida hacia el costado oriental, abarcando los dos predios en disputa y dio una extensión de quince metros con noventa y cinco centímetros y medio (15-95½), siendo el punto equidistante de los extremos siete metros con noventa y siete centímetros (7-97) y setenta y cinco centésimos de centímetro. En este lugar se clavó una puntilla que sirve de referencia para trazar la línea que separa los dos predios. Para la medida antecitada se tuvo en cuenta también la calidad de medianera que separa los predios del doctor Melendro y de los señores Hosman y Salame. En consecuencia de todo lo anterior el Juzgado señala la línea que separa los predios de los señores Marco S. Vera y Helena S. de Vera del de los señores Salim A. Hosman y Moisés Salame, en la siguiente forma: (la que reproduce el Tribunal)".

No sobra reiterar aquí la invocación de la doctrina jurisprudencial contenida en el fallo de la Corte pronunciado el 25 de junio de 1942 (G. J. Nº 1966, pág. 672).

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas a cargo del recurrente.

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

En oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Agustín Gómez Prada.—Ignacio Gómez Posse.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CASACION CONTRA SENTENCIA APROBATORIA DE PARTICION EN JUICIO DE SUCESION

1—Pasada sin reparo la oportunidad del traslado de la partición, o rehecha la cuenta como secuela del correspondiente decreto judicial, termina dentro del proceso la posibilidad jurídica de que se presenten nuevas objeciones, y para el Juez se abre el campo de apreciación que le permite decidir en su prudente arbitrio si la nueva cuenta se encuentra o no de acuerdo con el proveído que halló fundamento plausible a las impugnaciones propuestas. Sus poderes discrecionales se respetan en casación, de manera que rara vez cabe sustentar la causal 1ª, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercer grado en el proceso. El debate al respecto queda cerrado definitivamente en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador.

No debe olvidarse, en verdad, que sin embargo de que la cuenta final en el proceso quede aprobada, están naturalmente a salvo por la vía que corresponda, las reglas sustantivas que equiparan la partición de bienes a los contratos, principalmente en cuanto atañe a su anulabilidad, del propio modo que en lo que respecta al saneamiento por molestias en la posesión o cuando alguno de los adjudicatarios sea evicto, aparte de los otros recursos que le competen para ser indemnizado. Pero ni aún la omisión involuntaria de algunos objetos es motivo para rescindir la cuenta hecha, sino que se dividen después entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

2—En las particiones judiciales adelantadas según los artículos 1379 y 1383 del Código Civil, aunque haya menores u otras personas sin la libre administración de sus bienes, no es necesaria al partidor la aprobación judicial para llevar a efecto las reglas contenidas en el artículo 1394 ibidem, ya que además casi todas ellas se limitan a señalar orientaciones para que los partidores, jueces y los propios interesados procuren la solución satisfactoria de las diversas dificultades de orden práctico que suelen presentarse cuando se trata de liquidar el régimen de comunidad, así sea universal o singular.

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

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez)

Roberto Jaramillo contrajo matrimonio con María Valencia, viuda de Luis Felipe Ocampo y de quien tenía procreado a Rafael Arcesio Ocampo.

María, o María Rosa Valencia, falleció el 29 de marzo de 1949, y de su unión con Roberto Jaramillo, quedaron estos hijos: María Bertilda, María Alicia, María Hortensia, Lesbia María, Lida y José Warner.

Se adelantaba el juicio sucesorio de María Rosa Valencia, cuando en 30 de marzo de 1950 murió Roberto Jaramillo, quien cuatro días antes, in articulo mortis, había contraído nuevo matrimonio con Juana María Hernández.

Por auto del 27 de octubre de 1950, el Juez Civil del Circuito de Pereira, decretó la acumulación de las dos sucesiones, cuyo trámite continuó así bajo una misma cuerda.

Practicada por primera vez la partición de bienes, recibió 9 objeciones propuestas en nombre de los interesados Jorge Tulio Cano Moreno y Soledad Gallego viuda de Peña, como subrogatarios en los derechos de las herederas Hortensia y Lida Jaramillo Valencia. De tales objeciones prosperararon todas, menos la última, y el Juez del conocimiento, en proveído de 13 de octubre de 1953, ordenó devolver el asunto al partidor "a fin de que haga nuevo trabajo de partición y en donde se tendrá muy en cuenta y dará cumplimiento a lo dicho en la parte motiva de este trabajo", expresó el Juez en esa oportunidad.

Rehecha la partición, el Juzgado la encontró de acuerdo con la realidad procesal y resolvió aprobarla en sentencia del 21 de noviembre de 1953, donde advierte que "no encuentra objetable el hecho de que a uno de los asignatarios o interesados, se le haya hecho determinada hi-

juela, condicionada a pagar determinados gastos del juicio sucesorio, pues con ello, fuera de no violar la ley, hace que este juicio tenga una terminación más rápida." "Igualmente -agrega- se relacionaron algunos gastos del juicio, como se apreció en determinada suma lo que faltaba por cubrir, fuera de que, hasta el presente no aparece constancia de haberse cubierto la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente que le fueron fijados al partidor y se debe entender que quien se hizo responsable de pagar el pasivo, debe cubrir al partidor el valor de su trabajo." Y continúa el Juez:

"Si es verdad que se encuentra en lo adjudicado a los representantes (sic) del doctor Angel J., menor número de tierra, no es menos cierto que por las especificaciones de lo dicho en la correspondiente hijuela, el terreno es mejor, y de mayor valor. Además, como el Juzgado no conoce la propiedad, no puede afirmar que sea caro o elevado el precio, lo que se puede apreciar por valor de la cuadra. Otros medios le quedan a los apoderados, si ello no es una realidad, fuera de que el partidor es responsable, de acuerdo con los claros preceptos legales, si ha habido mala fe en el trabajo de partición. Se observa que a los representados por el doctor Angel J., se les adjudicó un solo lote en proindiviso."

Interpuso recurso de apelación el representantante de los mismos interesados Jorge Tulio Cano Moreno y Soledad Gallego viuda de Peña. El Tribunal Superior de Pereira, con fecha 2 de marzo de 1954, después de remitirse a lo dicho por el Juez, confirmó la sentencia aprobatoria de la cuenta final, no sin antes expresar por su parte estos conceptos:

"El doctor Fabio Angel Jaramillo, se limitó a apelar de la providencia del Juzgado, cuando le fue notificada, pero no sustentó el recurso ante el Tribunal y por ello se ignoran las razones de la inconformidad con el ameritado fallo. Debe anotarse sí, que el partidor acomodó en cuanto estaba al alcance en el orden práctico su nuevo trabajo de partición, a las objeciones que prosperaron y de acuerdo con la pauta que le fue señalada por el Juzgado del conocimiento, en la providencia que puso fin al incidente de objeciones.

"Realizado el segundo trabajo de partición, el Juez del conocimiento queda limitado únicamente a estudiar si el partidor se ciñó a las normas que se le determinaron en el fallo que puso fin al incidente de objeciones y en tales circunstancias, procede la aprobación de la partición; siempre que por otra parte ella esté ajustada a derecho."

Los mismos objetantes de la primitiva partición acusan ante la Corte el fallo aprobatorio del trabajo rehecho, y con base en la causal 1ª formulan diez cargos. Antes de examinarlos, está de acuerdo con la naturaleza del recurso así planteado que se delimite la órbita dentro de la cual debe moverse la acusación.

En conformidad con las normas aplicables, la partición se aprueba si los interesados lo piden unánimemente o si ninguno la objeta en el término del respectivo traslado. Si alguno contradice el trabajo realizado, se abre articulación, y la cuenta se rehace si el Juez encuentra motivo fundado para ello, pero no en el caso contrario. Reformada la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba. (Artículos 964 y 965 del Código Judicial).

Quiere decir este sistema legal que pasada sin reparo la oportunidad del traslado, o rehecha la cuenta como secuela del correspondiente decreto judicial, termina dentro del proceso la posibilidad jurídica de que se presenten nuevas objeciones, y para el Juez se abre el campo de apreciación que le permite decidir en su prudente arbitrio si la nueva cuenta se encuentra o no de acuerdo con el proveído que halló fundamento plausible a las impugnaciones propuestas. Sus poderes discrecionales se respetan en casación, de manera que rara vez cabe sustentar la causal 1ª, desde luego que se trata de recurso extraordinario, y no de tercer grado en el proceso. El debate al respecto queda cerrado definitivamente en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador.

No debe olvidarse, en verdad, que sin embargo de que la cuenta final en el proceso quede aprobada, están naturalmente a salvo por la vía que corresponda, las reglas sustantivas que equiparan la partición de bienes a los contratos, principalmente en cuanto atañe a su anulabilidad, del propio modo que en lo que respecta al saneamiento por molestias en la posesión o cuando alguno de los adjudicatarios sea evicto, aparte de los otros recursos que le competen para ser indemnizado. Pero ni aún la omisión involuntaria de algunos objetos es motivo para rescindir la cuenta hecha, sino que se dividen después entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

Tampoco aparece fuera de lugar el recuerdo de que en las particiones judiciales adelantadas según los artículos 1379 y 1383 del Código Civil, aunque haya menores u otras personas sin la

libre administración de sus bienes, no es necesaria al partidor la aprobación judicial para llevar a efecto las reglas contenidas en el artículo 1394 ibidem, ya que además casi todas ellas se limitan a señalar orientaciones para que los partidores, jueces y los propios interesados procuren la solución satisfactoria de las diversas dificultades de orden práctico que suelen presentarse cuando se trata de liquidar el régimen de comunidad, así sea universal o singular.

Si los interesados pasan por alto vacíos o deficiencias que en la partición no llegan a alterar las normas sutantivas de carácter superior —las cuales permanecen a salvo— se entiende que renuncian con validez a prerrogativas atinentes sólo a su interés privado. Esto se predica en favor del principio cardinal de que ninguna persona está obligada a mantenerse en la indivisión, por donde se encuentra aconsejable que el procedimiento para armonizar ese principio teórico con el interés general de orden práctico, no se vea nunca entrabado o entorpecido sin razón suficiente en derecho. De ahí también los poderes discrecionales del Juez en esta clase de asuntos.

Dijo la Corte en casación de 12 de febrero de 1943:

"La disposición del artículo 985 del Código Judicial es clara y terminante en el sentido de que reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente. Si el estudio de la partición rehecha no debiera restringirse a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones prósperas, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas del artículo 1394 del Código Civil, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable y perdería su objeto el trámite contradictorio y aprobatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes consagrados en el numeral 8º del citado artículo 1394 del Código Civil." (Gaceta Judicial, LV, 27).

Cumple, pues, examinar los reparos en casación dentro del ámbito especialmente estrecho a que está ceñido el recurso.

I.—El primer cargo se refiere a que si bien los intersados estuvieron de acuerdo en darle a la casa urbana de Pereira valor diferente del señalado en los inventarios, no sucedió del mismo modo con los inmuebles rurales. "Muy por el contrario —dice el recurrente— cuando se pusieron de acuerdo en que con el predio urbano se podían pagar tres derechos herenciales, estaban conviniendo en que el valor de los respectivos predios rurales podía ser inferior al señalado por los peritos. El partidor conoce esta situación porque mis mandantes, por intermedio de su apoderado, le manifestaron repetidas veces que aceptaban en pago total de sus derechos herenciales las dos terceras partes del predio urbano inventariado y porque la misma propuesta se hizo al hacer la objeción principal al primer trabajo de partición."

Expone en seguida que el partidor resolvió asignar valores mayores al predio rural inventariado en la sucesión de Roberto Jaramillo en $ 45.000.00, porque ese inmueble, después de excluirle una porción, sirvió para el pago de tres hijuelas cuyo monto asciende a $ 46.107,62.

Una de tales tres hijuelas es la correspondiente a los subrogatarios Jorge Tulio Cano y Soledad Callego de Peña, objetantes de la primera partición y recurrentes ante la Corte por lo que hace al fallo aprobatorio de la cuenta rehecha.

Como normas violadas cita los artículos 1391, 1392 y 1042 del Código Civil, sobre que el partidor ha de conformarse a las reglas del Título 1º, Libro 3º, ibidem, a que el valor de tasación por peritos será la base para adjudicar las especies, y acerca del régimen sucesorio por estirpes y por cabezas.

No se trata de calificar aquí nuevas objeciones a la partición con motivo del trabajo rehecho, sino apenas de esclarecer si el sentenciador incurrió en arbitrariedad manifiesta en su providencia discrecional aprobatoria de la reforma.

El cargo hace referencia a la primera objeción, fundada en el artículo 1394 del Código Civil, especialmente en sus numerales 7º y 8º, que hablan de que "se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas de la masa partible", y de que "en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos". El Juez al encontrar fundada la objeción, observó sin embargo:

"Se ha de advertir, sí, que no se comprobó que el bien adjudicado a los representantes del doctor Angel Jaramillo, fuera inferior en valor a otros, como se dice que sucede con el señor Enrique Montoya Sánchez."

Si hecha por segunda vez la cuenta, el Juez encontró subsanado su anterior reparo, no se descubre en este campo de apreciación discrecional ninguna cosa que con evidencia demuestre la arbitrariedad del sentenciador de modo

que desaparezca cualquier duda al respecto. Si un inmueble tasado en $ 45.000 sirvió para pagar tres hijuelas que valen $ 46.107,52 falta notoriamente el balance numérico en la cuenta. Pero de allí no se deduce con la misma evidencia que el Juez usara por modo indebido de sus poderes de apreciación, primeramente porque la inexactitud no aparece como grave en su real y objetivo significado, y en segundo término porque así lo corrobora el hecho de que ningún reparo haya merecido la discrepancia, sobre uno, a los dos adjudicatarios restantes. Como es obvio, queda al menos planteada la duda, y con apoyo en esta posición mental no es posible desconocer el arbitrio del sentenciador, que encuentra refugio en su propia conciencia, para calificar si las adjudicaciones guardan la posible igualdad o si se procuró la equivalencia y semejanza de todas ellas, por más que el partidor deba tener como base de su trabajo la tasación pericialmente verificada.

Ya el Juez, como queda visto, hizo reservas al aceptar la objeción, y los motivos que anteceden son bastantes para no admitir el cargo en el ámbito muy restringido del recurso.

II.—Para sustentar el segundo cargo dice el recurrente:

"Cuando el partidor sabía que las partes estaban de acuerdo en que el bien raíz situado en Pereira y que fue inventariado bajo el ordinal C) folios 33 y ss. del cuaderno 4º) era suficiente para el pago de tres derechos herenciales, no debió de proceder a hacer la adjudicación de él a dos de ellos. Si quería someterse en un todo a la tasación de peritos (a la que no se sometió como vimos arriba) debió hacer una adjudicación a todos, en común y pro indiviso. Con ello hubiera respetado la norma que establece que los herederos tienen derecho a que se les adjudique cosas de la misma naturaleza y calidad.

"No se diga que esa adjudicación en común y pro indiviso equivalía a no hacer partición, porque ya vimos que el bien raíz urbano fue adjudicado a dos herederos en comunidad.

"Es cierto que la ley no ve con buenos ojos la existencia de comunidades, pero también es la verdad que tan comunidad es la de dos comuneros como la de cinco. Y cuando un bien no es divisible materialmente entre dos, la adjudicación en comunidad no es equivalente a la formación de lotes. Mis mandantes tenían derecho a recibir su parte en el bien urbano, con mayor razón cuando ellos están dispuestos a aceptar en pago de sus derechos las dos terceras partes de tal bien, es decir, que ofrecen más por él que los demás herederos. Si no se hace la adjudicación que pretenden mis mandantes, debe, al menos, dárseles un derecho de comunidad sobre tal inmueble igual al que tienen en la totalidad de la herencia."

Estima que el Tribunal debió dar aplicación a las reglas 7ª, y 8ª del artículo 1394 del Código Civil y que por no hacerlo destruyó la igualdad de los herederos, garantizada por el inciso 2º, artículo 1042 ibidem.

Se trata en realidad de un reparo que no fue materia del pliego de objeciones a la primitiva cuenta y que por lo mismo, está ausente del debate ante la Corte. Pero conviene advertir que no se estuvo en ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 1394 del Código Civil para licitación entre los coasignatarios de una especie que no admitiera división, o cuya división la hiciera desmerecer; y que por otra parte las reglas 7ª y 8ª del mismo texto, son orientaciones atinentes a los poderes discrecionales del sentenciador en estas materias. No es, por consiguiente, admisible el cargo.

III.—En tercer lugar el recurrente alude a que el partidor en el primer trabajo adjudicó bienes al heredero por subrogación señor Enrique Montoya para que atendiera al pago del pasivo. Que objetó lo hecho y el Juez admitió la impugnación. Que también hizo reparo al señalamiento de los gastos en $ 10.000 y el Juez lo aceptó. Que en el segundo trabajo "se volvió a cometer el error ya ordenado corregir de adjudicar bienes a un heredero para que pague el pasivo. Cuando los herederos no han convenido en ello." Deduce de allí que el Tribunal violó el artículo 1393 del Código Civil, por haberse omitido la hijuela de gastos hecha en forma legal, del mismo modo que el 1042, por destrucción de la igualdad de los herederos, pues "cualquiera de mis mandantes —expresa— tiene derecho a que se le haga igual adjudicación para él pagar los elementos del pasivo."

A aceptar la tercera objeción dijo el Juez así:

"Tercera objeción.—Se dice que en el pasivo se incluyó una partida que no aparece en la diligencia de inventarios y avalúos. Y que no se dice a quién se debe la cantidad de diez mil pesos. Sólo se inventarió el valor de los gastos hechos y que ellos no suben a la suma fabulosa de diez mil pesos.

"Pues bien: lo afirmado por el Dr. Angel Jaramillo está confirmado plenamente ya que en la diligencia de inventarios y avalúos de 14 de abril de 1951, como en la de 20 de octubre de

1949, se expresó que el pasivo lo constituían los gastos del juicio. Allí no se hizo ninguna apreciación en dinero, y en el trabajo de partición no se especificaron cuentas que den una base cierta sobre el monto de dichos gastos. Se ha de tener en cuenta que en el juicio de María Rosa Valencia de Jaramillo, fue el señor Roberto Jaramillo quien pagó la mayoría de los gastos hechos en ella. Y al hacer las cuentas de los gastos que faltan por terminar el juicio, no ascienden a la suma dicha por el partidor. En estas condiciones, prospera la objeción, y al juicio (sic) debe volver al Dr. Restrepo Jaramillo, para que con bases ciertas haga todo lo relacionado con el pasivo, pues es elevada la apreciación que consigna en su trabajo. Las gastos deben ser ciertos y comprobados, es decir, los hechos y los que faltan por hacer deben tener bases ciertas.".

Y cuando aprobó el Juez la refacción de la cuenta, hizo este considerando:

"El Juzgado encuentra dicho trabajo ajustado a la realidad procesal, con la advertencia de que no encuentra objetable el hecho de que a uno de los asignatarios o interesados se le haya hecho determinada hijuela, condicionada a pagar determinados gastos del juicio sucesorio, pues con ello, fuera de no violar la ley, hace que este juicio tenga una terminación más rápida. Igualmente, se relacionan algunos gastos del juicio, como se apreció en determinada suma lo que faltaba por cubrir, fuera de que, hasta el presente no aparece constancia de haberse cubierto la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente que le fueron fijados al partidor y se debe entender que quien se hizo responsable de pagar el pasivo, debe cubrir al partidor el valor de su trabajo."

Si con esto encontró el sentenciador satisfechas las exigencias de la objeción próspera, no basta que en concepto de otra persona se descubran errores para que el valor del arbitrio judicial desaparezca en casación, aunque pudiera pensarse en soluciones mejores, desde luego que no se trata de grado ulterior en el proceso, sino de recurso extraordinario que, como viene expuesto, está excepcionalmente restringido en casos como el que ahora se presenta. Por lo mismo, argumentos que hubieran sido de recibo dentro del debate en la instancia, resultan fuera de lugar en casación.

Tampoco en esta materia surge arbitrariedad del sentenciador. Prosperó la objeción por cuanto estimó el Juez que la suma de los gastos no podía ascender a los $ 10.000 señalada por el partidor sin tener en cuenta bases ciertas. Si hecha la corrección en el segundo trabajo, que presenta esos gastos en $ 7.000, encuentra el Juez la partida ajustada a la realidad procesal y subsanando el defecto, no incide en casación el cargo hecho, aunque en su oportunidad hubiera sido digno de estudio como argumento de alegatos dentro de la instancia.

IV.—El cuarto cargo versa sobre la cuarta hijuela comparada con la quinta del trabajo rehecho, y consiste en que a las cuatro cuadras de terreno que integran aquella cuarta porción les resultan como valor $ 22.595.24, mientras que a las tres cuadras de superficie comprendidas por la quinta hijuela les viene a corresponder el valor de $ 11.297.62. Deduce de allí que para aquella adjudicación la cuadra vale $ 5.648.81 y para la última a $ 3.765.97, lo que se hizo por el partidor a su exclusivo juicio, por cuanto el avalúo pericial no diferenció los terrenos, sino que a todo el globo le dió el valor de $ 45.000.

Se trata aquí de objeción nueva e inadmisible dentro del debate en el presente recurso, donde sería a la vez medio nuevo sobre puntos de hechos que se proponen por primera vez cuando el asunto se encuentra en casación.

Por lo demás, dijo el Juez en la sentencia aprobatoria y lo repitió a la letra el Tribunal:

"Si es verdad que se encuentra en lo adjudicado a los representantes (sic) del doctor Angel J., menor número de tierra, no es menos cierto que por las especificaciones de lo dicho en la correspondiente hijuela, el terreno es mejor, y de mayor valor. Además, como el Juzgado no conoce la propiedad, no puede afirmar que sea caro o elevado el precio, lo que se puede apreciar por valor de la cuadra. Otros medios le quedan a los apoderados, si ello no es una realidad, fuera de que el partidor es responsable, de acuerdo con claros preceptos legales, si ha habido mala fe en el trabajo de partición. Se observa que a los representados por el doctor Angel J., se les adjudicó un solo lote proindiviso."

Si, además, como lo expresa el Tribunal, entendió en su proveído "que el partidor acomodó en cuanto estaba al alcance en el orden práctico su nuevo trabajo de partición, a las objeciones que prosperaron y de acuerdo con la pauta que le fue señalada por el Juzgado del conocimiento", su juicio al respecto es discrecional, queda encerrado en su propia conciencia, y no hay prueba en el proceso que evidencie lo contrario.

V.—Se alude otra vez a la hijuela de gastos y a la afirmación de que el cónyuge Roberto Jaramillo, mientras fue sobreviviente, hizo la mayor parte de los mismos en la sucesión de María Ro-

sa Valencia. Se alega que el subrogatario Enrique Montoya, a quien se le adjudicó lo correspondiente al pago de gastos, no ha hecho ninguno en el juicio. Que la sucesión de Roberto Jaramillo tiene derecho a que se le reembolsen los que verificó el causante, con aplicación del precio de venta o con la adjudicación de parte de los bienes sucesorales, y que los coasignatarios no están obligados a aceptar que se les cambie su deudor y se les modifique su derecho de crédito, que en principio —dice el recurrente— es contra la sucesión de María Rosa Valencia.

Está visto cómo el Juez, aparte de encontrar ajustado a la realidad procesal el nuevo trabajo del partidor, no juzgó objetable el hecho de que a uno de los interesados se le adjudicara hijuela condicionada al pago de ciertos gastos sucesorales, sino que, antes bien, la consideró forma propicia a la rápida terminación del proceso.

En este punto acontece también que la decisión discrecional del sentenciador, al hallar subsanado en la segunda cuenta el reparo admitido al respecto en el incidente de objeciones a la primera, penetra en el campo de su fuero interno, y no es susceptible de perder su mérito en casación, por cuanto no exhibe arbitrariedad. Menos aún cuando dejó abiertas las vías de derecho para el ulterior arreglo de las cuentas que al caso competan.

VI.—Se repite aquí la acusación atinente a la hijuela de gastos, en el sentido de que si el subrogatario Enrique Montoya ha querido tomar a su cargo mayor cuota de las deudas que la correspondiente a prorrata, ha debido contar con la aquiescencia de todos los demás copartícipes, según el artículo 1397 del Código Civil. De suerte que como los dos representados por el recurrente se hacen cargo de pagar las deudas y gastos en la proporción de sus derechos, la segunda cuenta del partidor no pudo ser aprobada.

Está sin duda previsto por el artículo 1397 del Código Civil que "si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de las deudas, que la correspondiente prorrata, bajo alguna condición que los otros herederos acepten, se accederá a ello." En el caso al estudio, cinco, de los siete copartícipes, aceptan la hijuela de gastos rehecha, y tanto el Juez como el Tribunal la encontraron como fórmula adecuada a la liquidación del juicio. Queda también sin duda al prudente arbitrio del sentenciador el saber si en estos casos el interés de los más se halla o no subordinados al interés de los menos, ya que en los términos del referido texto, sólo está en la necesidad de acceder cuando los coherederos se encuentran de acuerdo.

Pero si hecha y rehecha la partición el sentenciador aprecia que la segunda cuenta no solamente está de acuerdo con la realidad procesal, sino que la hijuela de gastos es propicia a la liquidación de la herencia, y su decisión no aparece afectada de arbitrariedad, el reparo es intrascendente en casación, por no tratarse de una tercera instancia y ser, además, muy estrecho el campo del recurso en esta clase de asuntos, según se ha expuesto ya.

VII. VIII. IX. y X.—Tratan de la manera impropia como se calculó el valor de la hijuela de Rafael Arcesio Ocampo, como hermano que no era de doble conjunción, por no excluirse para el cómputo ciertos bienes de Roberto Jaramillo, de quien no fue hijo Arcesio, por donde resultaría un desajuste; de que como deuda se tuvo una letra de $ 223.75 ya pagada; de que los partícipes representados por el recurrente manifestaron que aceptarían en pago de sus respectivos derechos la tercera parte para cada uno de la casa urbana de Pereira, con lo cual —dice— ofrecieron un valor más alto que el de la adjudicación hecha; y, por último, de que el partidor excluyó en la cuenta rehecha algunos bienes inventariados.

Quedó vista atrás la materia atinente al cargo IX, y los demás constituyen objeciones nuevas a la partición rehecha, cuando precisamente ha concluído en el proceso la oportunidad para presentarlas. Se fundan en argumentos que si hubieran sido de recibo en la instancia, no pueden incidir en casación por los motivos antedichos, y no es el caso de examinarlos en el fondo.

No sobra observar que la aprobación dispensada por el sentenciador a la cuenta rehecha, en modo alguno cierra los caminos jurídicos que por procedimiento independiente pudieran acaso hacerse valer. Y, además, que si los cargos no alcanzan a transcender en casación, nada permitiría entender, sin embargo, que la partición de bienes y las sentencias aprobatorias en ambas instancias, ni con mucho, pudieran servir de modelos para la liquidación de juicios sucesorios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando

justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 2 de marzo de 1954 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas, porque no aparecen causadas.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Paría Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO ES NECESARIO INSCRIBIR EN EL LIBRO NUMERO PRIMERO LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION EN JUICIO DE SUCESION

1.—Tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron que en el nuevo trabajo de partición se habían cumplido en lo posible las instrucciones contenidas en sus propias anteriores providencias, y en tal apreciación no aparece ostensiblemente que se hubiera incurrido en arbitrariedad por parte del sentenciador, que diera base a la Corte para enmendar en casación lo resuelto en instancia.

2.—Ni en el Código Civil ni en el Código Judicial ni en ley alguna se ordena la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición en el Libro número 1º, y tal inscripción no se exige, porque precisamente el registro de los actos que tienen origen en un juicio de sucesión en el Libro de Causas Mortuorias, reemplaza la inscripción en el Libro número 1º, en lo tocante a la traslación del dominio de los inmuebles de la herencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiseis (26) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Contra la sentencia del 20 de abril de 1954 proferida por el Tribunal Superior de Pasto, que aprobó la partición de bienes en la sucesión de Pastora Morillo de Ruiz, se alzó en casación Rafael Rómulo Villarreal C., a quien se le concedió y admitió el recurso interpuesto. Corresponde a la Corte decidir en el fondo sobre la demanda de casación introducida en tiempo.

I. — Antecedentes

En el juicio de sucesión testamentaria de Pastora Morillo de Ruiz, proseguido en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, fueron reconocidos como interesados su cónyuge sobreviviente José Félix Ruiz, y sus hijas legítimas Juana Castillo de Villarreal y Wersinda Castillo v. de Villota, nacidas en un primer matrimonio de la causante con Miguel Castillo.

De conformidad con lo que aparece de autos, José María Chaves es cesionario de los derechos de Wersinda Castillo v. de Villota y de José Félix Ruiz en dicha sucesión; y Rafael Rómulo Villarreal lo es de los derechos de la otra heredera Juana Castillo de Villarreal.

Como únicos elementos del activo patrimonial de la sucesión fueron inventariados los siguientes bienes:

Un inmueble rural denominado "Yapulquer", ubicado en el municipio de Carlosama y avaluado en la suma de ..... $	10.000.00
Una paila y una olleta de cobre avaluadas en la suma de.....	1,20
Total del activo..... $	10.001.20

Por deudas y gastos de la sucesión está relacionado un pasivo por valor de $ 1.283.50.

Ordenada la partición de los bienes relictos, ella fue practicada por el doctor Nelson Enríquez de los Ríos, quien además de dividir la comunidad herencial y con el objeto de facilitar las correspondientes adjudicaciones, realizó una división material del fundo de "Yapulquer" en tres lotes, destinado uno de éstos al pago del pasivo.

Contra el trabajo de partición presentó objeciones la copartícipe Juana Castillo de Villarreal, subrogada hoy por Rafael Rómulo Villarreal. Tales objeciones eran: a) habérsele adjudicado un lote que no tiene ni la calidad, ni la extensión aprovechable, ni el valor comercial, ni la capacidad de explotación que tienen los otros lotes; b) habérsele adjudicado un lote con una extensión territorial inferior a la que le correspondía de acuerdo con sus derechos en el fundo; c) no haber practicado el partidor la liquidación de la sociedad conyugal habida entre la causante y José Félix Ruiz; d) no haberse distribuído los bienes muebles inventariados, o sea, la paila y la olleta de cobre; e) no haberse establecido las servidum-

bres activas y pasivas en los lotes resultantes de la partición material de "Yapulquer".

Tramitado legalmente el incidente de objeciones a la mentada partición, el Tribunal Superior de Pasto en providencia de 18 de octubre de 1950, confirmando en parte la decisión del juez a quo al respecto, ordenó rehacerla por considerar procedentes las objeciones a), b) y d).

En la providencia del juez a quo se dispuso que el partidor habría de rehacer el correspondiente trabajo, siguiendo las siguientes indicaciones:

"a) Mediante un plano elaborado, con las condiciones que determina la técnica determinará la extensión del inmueble denominado 'Yapulquer', materia de la división;

2º Con base en dicha extensión hará la distribución de lotes que corresponden a los asignatarios, previa determinación del lote de gastos;

3º Al adjudicar a los coasignatarios sus lotes lo hará en forma equitativa, es decir, con las compensaciones que el caso requiere, teniendo en cuenta para esto, la diferencia de condiciones del inmueble, para que en esa forma se realice la equidad que ordena la ley sustantiva, para lo cual en el plano que se ordena se especificarán los lotes peñascosos y su valor y condiciones de explotación, lo mismo que con los restantes y para mayor claridad se indicará el valor por unidad de cada lote o porción".

Es de advertir que tanto el juez a quo como el tribunal ad quem rechazaron la objeción atinente a la falta de liquidación de la sociedad conyugal Ruiz-Morillo, porque no aparece haber social inventariado y hay prueba suficiente de que el fundo de "Yapulquer" era bien propio de la causante por haberlo adquirido en la sucesión de su primer marido Miguel Castillo.

La nueva partición se practicó por el doctor Samuel Ruano Montenegro, designado al efecto por el juez, en reemplazo del doctor Enríquez de los Ríos. Para asegurar al partidor en el cumplimiento de sus tareas, el juez nombró al ingeniero doctor Víctor Silva, con cuyo concurso dice aquél haber contado tanto para la elaboración del plano de "Yapulquer" que adjuntó a su trabajo como para el señalamiento de los distintos lotes, teniendo en cuenta la extensión de toda la finca y la de éstos, y el avalúo del inmueble y el de los mismos de acuerdo con su calidad, ubicación y aspecto.

Respecto de la distribución de los bienes muebles la partición establece:

"Por manifestación expresa de los herederos, los muebles (una paila y una olleta) quedaron en poder de ellos, los que han sido objeto de reparto equitativo desde la fecha misma de los inventarios, y las han recogido en especie, dificultándose, o haciéndose imposible su repartición por ya haberlas recibido.

"Lo anterior permite no entrar en dicha partición bien sea de la especie o de su valor equivalente, quedando, por tanto, únicamente el inmueble por un valor total de $ 8.716.50, toda vez que, como ya queda explicado, el valor de los gastos asciende a la suma de $ 1.283.50.

"Dichos muebles, por tener un valor idéntico, no se prestaban a partición material en razón de que uno de los coasignatarios debía llevar 5 octavas partes y el otro 3, pero como de común acuerdo han hecho la división con su correspondiente compensación, quedan cubiertos por este concepto".

De acuerdo con la partición rehecha, la finca de "Yapulquer" con una área de 133,2586 hectáreas y un avalúo de $ 10.000.00, fue dividida materialmente en tres lotes alinderados como en ella se indica y con las cabidas allí mismo señaladas, lotes cuyos valores señaló el partidor como equivalentes a las respectivas hijuelas de los dos copartícipes y a la correspondiente hijuela de gastos.

El juez a quo en proveído del 23 de julio de 1953 ordenó poner en conocimiento de los interesados el mencionado trabajo de partición, por el término de seis días. Y dentro de este término el apoderado de Villarreal pidió al juez que ordenara al partidor rehacer la partición por cuanto el partidor había variado el lote destinado para gastos en la primitiva partición.

El juez consideró que el partidor se había ceñido a las instrucciones impartidas para rehacer el trabajo y en particular estimó que en las providencias respectivas se le habían autorizado para formar el lote correspondiente a gastos. En consecuencia se ordenó aprobar la partición.

Contra el fallo aprobatorio de la partición se alzó ante el Tribunal de Pasto el copartícipe inconforme, y aquella superioridad confirmó lo resuelto por el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales.

El Tribunal sostiene que las providencias que ordenaron rehacer la partición sí autorizaban al partidor para la determinación del lote de gastos, con absoluta independencia de los dos lotes asignados a los copartícipes.

Y agrega el Tribunal:

"Con respecto al lote de gastos, también cabe observar que con su nuevo señalamiento, ningún

perjuicio se irroga a los coasignatarios, puesto que el pasivo contemplado, tanto en el trabajo primitivo como de partición como en el reformatorio es el mismo, ya que tiene la misma cuantía, y en ambos se ha dispuesto su venta en pública subasta, previendo al mismo tiempo que si al subastarlo hubiere remanente, una vez cancelado el pasivo, dicho remanente sea repartido entre los herederos en proporción a las cuotas que les corresponden.

"Por otra parte, como lo anota el funcionario de primer grado, no hay en el juicio elemento alguno probatorio que sirva de asidero para sostener que el nuevo lote de gastos sea de mayor extensión que el señalado inicialmente, pues en el uno no se indicó su extensión, mientras que en el otro sí se determinó su extensión superficiaria, conforme al plano topográfico elaborado por el ingeniero Víctor Silva.

"De lo expuesto, necesariamente se deduce que el partidor Ruano Montenegro al efectuar el nuevo acto de división, sí estaba facultado para señalar un nuevo lote de gastos, puesto que la determinación de éste estaba prevista en el auto de julio 26 al verificar una redistribución de los lotes adjudicados a los coasignatarios, considerando en forma perentoria que ello sea previa determinación del lote de gastos, el que necesariamente tenía que variar con el nuevo señalamiento de las hijuelas que contempla dicha providencia. Esta también se ha cumplido por lo que respecta a la elaboración del plano topográfico, el que sirvió de base para la nueva distribución del haber herencial".

Contra esta sentencia del Tribunal Superior de Pasto se enderezan las acusaciones en la demanda de casación.

II. — Demanda de casación

El recurrente impugna la sentencia recurrida con invocación de las causales primera y sexta del artículo 520 del C. J., o sea, por violación de la ley sustantiva y por nulidad procesal de la actuación.

Sostiene la demanda que en el juicio se contempla la causal de nulidad consagrada en el ordinal 1º del artículo 448 del C. J., o sea, por incompetencia de jurisdicción consistente en no haberse dado el trámite señalado en el artículo 964 del mismo Código a las objeciones presentadas por el copartícipe Villarreal al trabajo de partición del doctor Ruano Montenegro, ya que no se trataba en realidad de una partición reformada o rehecha sino de una primera y única partición material presentada al juicio. El Juzgado y el Tribunal procedieron como si aquélla fuera una partición reformada y por eso la aprobaron de plano aplicando la norma del artículo 965 del C. J.

Los cargos presentados con base en la causal primera pueden resumirse así:

1º Violación indirecta del artículo 1394, regla 9ª, del C. C., a causa de error de hecho o de derecho en la apreciación del segundo trabajo de partición que en realidad tiene el valor de primero y único trabajo de partición material, interpretando además erróneamente el Tribunal los artículos 964 y 965 del C. J.

2º Violación indirecta de los artículos 1391, 1392, 1394, 2157, 2159 y 2174 del C. C., al través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las siguientes piezas procesales: a) demanda de objeciones al primitivo proyecto de partición; b) proyecto primitivo de partición; c) proyecto de reforma de partición, y d) providencias judiciales que decidieron el incidente de objeciones contra la primera partición.

3º Infracción directa de los artículos 2641 del C. C. y 38 de la Ley 57 de 1887, aquél por no haberse aplicado siendo el caso de hacerlo y este último por haberse interpretado erróneamente, ya que la sentencia recurrida ordenó el registro de la providencia aprobatoria de la partición y de la partición misma, sólo en el Libro de Causas Mortuorias omitiendo la orden de inscribir dichos actos en el Libro número 1º.

III. — Examen de los cargos

Tanto el cargo formulado por la causal sexta como los cargos 1º y 2º por la causal primera se basan en supuestas transgresiones de las normas procesales consagradas en los artículos 964 y 965 del C. J.

Recientemente dijo esta Sala en fallo proferido el 20 de abril, aún no publicado en el órgano de la Corporación:

"En conformidad con las normas aplicables, la partición se aprueba si los interesados lo piden unánimemente o si ninguno la objeta en el término del respectivo traslado. Si alguno contradice el trabajo realizado, se abre articulación, y la cuenta se rehace si el Juez encuentra motivo fundado para ello, pero no en el caso contrario. Re-

formada la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba. (Artículos 964 y 965 del Código Judicial).

"Quiere decir este sistema legal que pasada sin reparo la oportunidad del traslado, o rehecha la cuenta como secuela del correspondiente decreto judicial, termina dentro del proceso la posibilidad jurídica de que se presenten nuevas objeciones, y para el Juez se abre el campo de apreciación que le permite decidir en su prudente arbitrio si la nueva cuenta se encuentra o no de acuerdo con el proveído que halló fundamento plausible a las impugnaciones propuestas. Sus poderes discrecionales se respetan en casación, de manera que rara vez cabe sustentar la causal 1ª, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercer grado en el proceso. El debate al respecto queda cerrado definitivamente en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador.

"No debe olvidarse, en verdad, que sin embargo de que la cuenta final en el proceso quede aprobada, está naturalmente a salvo por la vía que corresponda, las reglas sustantivas que equiparan la partición de bienes a los contratos, principalmente en cuanto atañe a su anulabilidad, del propio modo que en lo que respecta al saneamiento por molestias en la posesión o cuando alguno de los adjudicatarios sea evicto, aparte de los otros recursos que le competen para ser indemnizado. Pero ni aún la omisión involuntaria de algunos objetos es motivo para rescindir la cuenta hecha, sino que se dividen después entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

"Tampoco aparece fuera de lugar el recuerdo de que en las particiones judiciales adelantadas según los artículos 1379 y 1383 del Código Civil, aunque haya menores u otras personas sin la libre administración de sus bienes, no es necesaria al partidor la aprobación judicial para llevar a efecto las reglas contenidas en el artículo 1394 ibidem, ya que además casi todas ellas se limitan a señalar orientaciones para que los partidores, jueces y los propios interesados procuren la solución satisfactoria de las diversas dificultades de orden práctico que suelen presentarse cuando se trata de liquidar el régimen de comunidad, así sea universal o singular.

"Si los interesados pasan por alto vacíos o deficiencias que en la partición no llegan a alterar las normas sustantivas de carácter superior —las cuales permanecen a salvo— se entiende que renuncian con validez a prerrogativas atinentes sólo a su interés privado. Esto se predica en favor del principio cardinal de que ninguna persona está obligada a mantenerse en la indivisión, por donde se encuentra aconsejable que el procedimiento para armonizar ese principio teórico con el interés general de orden práctico, no se vea nunca entrabado o entorpecido sin razón suficiente en derecho. De ahí también los poderes discrecionales del Juez en esta clase de asuntos.

"Dijo la Corte en Casación de 12 de febrero de 1943:

'La disposición del artículo 965 del Código Judicial es clara y terminante en el sentido de que reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente. Si el estudio de la partición rehecha no debiera restringirse a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones prósperas, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas del artículo 1394 del Código Civil, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable y perdería su objeto el trámite contradictorio y aprobatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes consagrado en el numeral 9º del citado artículo 1394 del Código Civil'. (GACETA JUDICIAL, LV, 27)".

No sobra advertir que los artículos 964 y 965 del C. J. se aplican a las particiones materiales de un predio común, por mandato del artículo 1152 ibidem).

Aplicando al caso sub judice la doctrina transcrita, la Sala ha de rechazar los cargos examinados, porque:

a) Tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron que en el nuevo trabajo de partición se habían cumplido en lo posible las instrucciones contenidas en sus propias anteriores providencias, y en tal apreciación no aparece ostensiblemente que se hubiera incurrido en arbitrariedad por parte del sentenciador, que diera base a la Corte para enmendar en casación lo resuelto en instancia;

b) En particular los razonamientos expuestos por el recurrente contra la partición rehecha, en el sentido de que no se había autorizado al partidor para reformar su trabajo en lo tocante al lote destinado a cubrir el pasivo, carecen de consistencia, pues las providencias judiciales que aceptaron las objeciones al primitivo proyecto ex-

presan lo contrario, según se vio en la relación de los antecedentes de este negocio;

c) En consecuencia mal puede hablarse de errónea apreciación de las piezas judiciales mencionadas por el recurrente;

d) No existen elementos que permitan destruir los fundamentos de hecho que tuvo en cuenta el partidor para la formación de los lotes como consecuencia de la nueva partición material del inmueble.

Por lo tanto, no se contemplan vicios procesales que invaliden lo actuación, ni las supuestas infracciones de la ley alegadas en los cargos estudiados.

La Sala observa que la doctrina de la Corte, citada por el recurrente como excepción a su tradicional jurisprudencia respecto de las particiones rehechas, es impertinente al caso de autos.

En fallo de casación del 14 de octubre de 1952 había dicho la Corte:

"Tomando en cuenta lo estatuido en los artículos 964 y 965 del Código Judicial, la Corte ha sostenido en tradicional jurisprudencia que el incidente de objeciones a la partición en juicio sucesorio no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por primera vez su trabajo y que reformada la cuenta como consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del Juez se limita a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones y que cuando encuentra que ella se verificó 'en los términos ordenados', debe aprobarla, sin necesidad de nuevo traslado a los interesados, pues ya a éstos se les brindó y tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos.

"Pero a la Sala le resulta indudable que esa jurisprudencia es inaplicable en casos como el de autos, en que en verdad no se trata de una partición reformada o rehecha, sino de la primera y única partición material practicada en el juicio, que es esencialmente distinta de la que inicialmente se presentó, que fue verificada ad valorem, y en la cual la comunidad herencial se reemplaza apenas con una nueva comunidad". (GACETA JUDICIAL, T. LXXIII, 253).

Pero, como se comprende, el caso de autos es bien distinto de aquel a que se refiere la doctrina transcrita. Pues aquí en el primero como en el segundo proyecto de partición se trataba de división numérica de la comunidad herencial y de división material de un predio constitutivo del haber sucesoral.

El último cargo debe rechazarse.

Dispone el artículo 967 del C. J. que "el Juez, en la misma sentencia aprobatoria de la partición, debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el libro de causas mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos Circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados".

Ni en el Código Civil ni en el Código Judicial ni en ley alguna se ordena la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición en el Libro número 1º y tal inscripción no se exige, porque precisamente el registro de los actos que tienen origen en un juicio de sucesión, en el Libro de Causas Mortuorias, reemplaza la inscripción en el Libro número 1º en lo tocante a la traslación del dominio de los inmuebles de la herencia (C. C., artículo 2641, ord. 1º; Ley 57 de 1887, artículo 38).

IV. — Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 20 de abril de 1954, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DIFERENCIAS ENTRE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y TERMINACION JUDICIAL DE UNO DE TRACTO SUCESIVO. — ERROR EN LA INTEPRETACION DE UN CONTRATO. — TECNICA DE CASACION

1.—No existe estipulación por otro cuando el contratante conserva en el contrato su personal y directo interés, aunque al propio tiempo obre también en representación de otra persona.

2.—La nulidad por mala representación de una de las partes en el juicio, no puede ser alegada sino por quien ha sido mal representada y no por la contraparte, ya que la causal a que alude el artículo 448 en su ordinal 2º se ha constituido precisamente a favor de la parte mal representada, para que sean protegidos los fueros de su defensa.

3.—Para que el motivo de casación consistente en error de interpretación en la naturaleza de los contratos, ya sea de hecho o de derecho, pueda prosperar, es indispensable que la errónea interpretación acusada incida en la parte resolutiva del fallo, por violación directa, errónea o indebida aplicación de normas sustantivas que hubieren ocurrido directamente por consecuencia de la equivocada interpretación del contrato. En el caso objeto de estudio, las partes en el juicio han partido de la base de que lo pactado entre los señores Mejía Villegas y Cardona fue un arrendamiento; y en tal virtud, en consonancia con la naturaleza del contrato, tanto en la demanda principal como en la de reconvención solicitaron que se declarara su terminación por incumplimiento de una de las partes. La sentencia recurrida que confirmó la de primera instancia, desató la litis dentro del marco propuesto por los litigantes. Ante esta situación procesal los cargos propuestos deben ser rechazados.

4.—No debe confundirse la naturaleza de la acción resolutoria con la de aquella que regula la terminación de los contratos llamados de tracto sucesivo. Como lo ha dicho la Corte: "Por la terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas queda en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo su fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la TERMINACION, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, 'ejecutorios', por oposición a 'ejecutados', cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la RESOLUCION JUDICIAL. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento y se borran, se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanan; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza, para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado".

5.—Repetidamente ha dicho la Corte que no porque el fallador de instancia se haya formado un concepto distinto del de los litigantes sobre el mérito de las pruebas, ello de por sí es suficiente para fundamentar el recurso de casación en la causal 2ª, sino que la falsa apreciación, positiva o negativamente considerada, ha de aparecer manifiesta.

6.—Cuando se trata de una confesión dividua, el confesante corre con la carga de la prueba de los hechos que la modifican.

7.—Ante la diversidad de las probanzas en donde un grupo de declarantes afirman lo que el otro niega, el fallador puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 702 del C. J., para desentrañar dónde pueda encontrarse la verdad de situaciones contradictorias expuestas por las probanzas.

8.—El error de hecho como fundamento del recurso de casación debe aparecer en los autos de modo manifiesto, es decir, que se ofrezca a la inteligencia del fallador en for-

ma tan clara y precisa que su evidencia no pueda quedar sometida a la duda; porque donde ésta exista, la evidencia desaparece; ni puede aceptarse que para llegar a tal conclusión se tome para respaldar la crítica en forma aislada de elementos probatorios prescindiendo de la concatenación que se deduce de la confrontación con otras probanzas que tiendan a acreditar el hecho en que se pretende hacer consistir el error.

Por otra parte, para que prospere esa causal deben individualizarse de manera concreta y precisa los hechos sobre los cuales el recurrente estima que se incurrió en error de hecho; no basta que se formule el cargo genéricamente, buscando, además, que la Corte llegue hasta el extremo de sopesar los testimonios para infirmar la apreciación que sobre ellos hace el Tribunal.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales y por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juzgado 2º Civil de aquella ciudad.

Antecedentes

Por documento privado datado el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, Hernán Mejía V. le subarrendó a Pedro Cardona una zona minera denominada "La Pava", ubicada en el paraje La Enea, jurisdicción de Manizales; el término de duración del contrato fue de cinco años contados desde la fecha del documento; el subarrendatario se obligó "a trabajar de continuo y en debida forma, salvo fuerza mayor o caso fortuito, en las exploraciones, laboreo y explotación de la zona subarrendada, asegurando los socavones a medida que avancen los trabajos, para poderlos entregar en buen estado de seguridad, al terminar el contrato"; el arrendatario construirá a sus expensas un breque entre el molino de El Zarro y la mina de La Pava, necesario para el laboreo y explotación de dicha mina; pero, dice el contrato, es entendido que el sostenimiento de este breque, una vez que se ponga a funcionar, será por cuenta del subarrendatario, quien deberá hacer los gastos de exploración y explotación de la mina.

Cardona se obligó a poner el mineral en el molino a sus expensas y una vez beneficiado "el arrendatario reconocerá al subarrendatario la cantidad de dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.50) por cada castellano de oro; pero es entendido que si el precio del oro rebajere o subiere en relación con el precio actual, la cantidad fijada como valor de cada castellano será también rebajada o aumentada proporcionalmente al alza o baja que sufriere el oro".

Con fundamento en este contrato el doctor Hernán Mejía Villegas, por conducto de apoderado, solicitó que se declarara que Pedro Pablo Cardona incumplió la referida convención y que, como consecuencia, se declarara también terminado el contrato debiendo el demandado pagar los daños y perjuicios causados por incumplimiento, con la obligación de hacer entrega a Mejía Villegas de la mina o zona minera de "La Pava".

Como hechos fundamentales y que especialmente fueron objeto del debate en las instancias, se pueden anotar los siguientes:

El subarrendatario Cardona se obligó a trabajar de continuo y en debida forma, en la explotación y laboreo de la mina relatada, a asegurar los socavones, a sostener el breque existente entre el molino de El Zarro y la mina de La Pava; "pero a pesar de que las obligaciones del subarrendatario son claras y precisas y constan con meridiana claridad en el contrato, el subarrendatario las incumplió violando lo estipulado". El demandado se opuso a la demanda e hizo en la contestación las manifestaciones que luégo se comentarán. Presentó demanda de reconvención contra Mejía Villegas en el mismo sentido que éste le había formulado a aquél.

La providencia que confirmó el Tribunal declaró que el señor Cardona había incumplido el contrato y que, en consecuencia, se le declaraba terminado, debiendo Cardona entregar a Mejía Villegas la zona minera; no hubo condena en perjuicios, "pues no fueron establecidos en el curso de este juicio".

La demanda de casación:

El recurrente acusa la sentencia por las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del C. J. y formula los cargos en siete capítulos que se van a examinar. Y siguiendo el orden lógico se estudian los

determinados bajo los numerales 5º y 7º; como que ellos entrañan vicios en el procedimiento de prevalente estudio.

Quinto cargo.—Violación directa del artículo 1506 del C. C., que el recurrente hace consistir en que en la parte final del contrato se dijo: "Se advierte igualmente que el doctor Hernán Mejía obra en este contrato no sólo en nombre propio, sino en nombre de su socio doctor Gonzalo Gómez, es decir, en nombre de la firma comercial 'Mejía Gómez Cía. Ltda.', y que, por lo tanto, el actor Mejía Villegas estipuló a nombre de una tercera persona y que, por consiguiente, la terminación del contrato ha debido demandarla la nombrada sociedad y no directamente el doctor Mejía".

La Corte considera:

La simple lectura de la cláusula, manifiesta lo inoperante del cargo, porque aquí no existe estipulación por otro en el sentido jurídico que tiene el precepto citado, ya que Mejía conservó en el contrato su personal y directo interés. Por otra parte entraña un medio nuevo sobre una situación de hecho que se pretende deducir del contrato, no debatido en las instancias, y por lo tanto, no puede ser motivo de casación.

Séptimo cargo.—En él se acusa la sentencia por la causal 6ª del artículo 520 del C. J. y el recurrente lo expone así: "Haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el artículo 448, ordinal 2º del C. J. sin haber sido saneada en conformidad con la ley".

Fundamenta el cargo declarando que "en el contrato de arrendamiento, base del litigio, el actor Mejía Villegas intervino en representación de la sociedad comercial 'Mejía Gómez y Cía.'. Por consiguiente la demanda ha debido ser instaurada a nombre de dicha sociedad; como tal cosa no aparece de autos, existe la ilegitimidad de la personería, suficiente para casar la sentencia recurrida".

No es exacto, por una parte, que Mejía Villegas hubiera intervenido en el contrato exclusivamente en representación de la sociedad, sino además en su propio nombre; y por la otra, si se tratara como lo plantea el recurrente, de una nulidad adjetiva del procedimiento, por mala representación de una de las partes, esa nulidad no podía ser alegada sino por quien ha sido mal representado y no por la contraparte, ya que la causal a que alude el artículo 448 en su ordinal 2º se ha constituído precisamente a favor de la parte mal representada para que sean protegidos los fueros de su defensa. Consecuencialmente, no prospera el cargo.

Primer cargo.

a) Error de derecho del Tribunal, dice el recurrente, al afirmar que las minas no pueden ser materia de arrendamiento que condujo a la violación de los artículos 1973 a 1975 del C. C. y 247 a 317 del C. de Minas.

b) Error de hecho al interpretar erróneamente el contrato celebrado entre las partes, materia del juicio, que trajo como consecuencia la violación de los artículos 1602, 1603, 1618, 1621, 1622, 1973, 1974 y 1975 del C. J. y 317 del C. de Minas.

Fundamenta estos cargos declarando que el Tribunal desconoció que el contrato que obra en autos tenía la fuerza de un contrato de arrendamiento, infringiendo los artículos 1602 y 1603 del C. C. Cita la parte pertinente de la convención en que se le dá expresamente el carácter de arrendamiento y afirma que el Tribunal interpretó erróneamente el contrato cuando en la parte motiva de su fallo estampó los siguientes conceptos: "el contrato que consta en el documento privado, traído a los autos, de fecha 7 de septiembre de 1946 no puede tenerse estrictamente como de subarriendo de la zona minera de La Pava, porque en sí no reúne las características propias de un contrato de arrendamiento, ya que tiene por objeto una mina y éstas por razón de la explotación de sus minerales, están destinadas a consumirse y por lo tanto no están comprendidas dentro del artículo 1974 del C. C. Además, si nos atenemos a la definición de lo que es arrendamiento, el supuesto subarrendatario, en este caso, de acuerdo con la cláusula 6ª de dicho contrato no paga por el goce o servicio de la mina, un precio determinado. Por consiguiente, dicho documento comprende un contrato sobre laboreo de dicha mina, que con base en la libertad contractual o de autonomía de la voluntad de los contratos, las partes acordaron y cuyas estipulaciones no adolecen de vicio que lo anulen legalmente".

Más adelante el fallador conceptúa que el contrato contiene una forma de sociedad para la explotación y laboreo de la mina.

La Corte considera:

Para que el motivo de casación consistente en error de interpretación en la naturaleza de los contratos, ya sea de hecho o de derecho, pueda prosperar, es indispensable que la errónea interpretación acusada incida en la parte resolutiva del fallo por violación directa, errónea o indebida aplicación de normas sustantivas que hubieren

ocurrido directamente por consecuencia de la equivocada interpretación del contrato. En el caso objeto de estudio, las partes en el juicio han partido de la base de que lo pactado entre los señores Mejía Villegas y Cardona fue un arrendamiento; y en tal virtud, en consonancia con la naturaleza del contrato, tanto en la demanda principal como en la de reconvención solicitaron que se declarara su terminación por incumplimiento de una de las partes. La sentencia recurrida que confirmó la de primera instancia, desató la litis dentro del marco propuesto por los litigantes. Ante esta situación procesal los cargos propuestos deben ser rechazados, tanto más cuanto que el recurrente no precisa en qué forma fueron violados los preceptos invocados en el cargo.

Incidentalmente, también, y sin que ello hubiera repercutido en las declaraciones de la sentencia, el Tribunal hizo alusión a la acción resolutoria confundiendo la naturaleza de esta acción con aquella que regula la terminación de los contratos llamados de tracto sucesivo como es el celebrado entre las partes en el juicio: "Por la terminación (o cesación) judicial, ha dicho la Corte, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, 'ejecutorios', por oposición a 'ejecutados', cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento y se borran, se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanan; se vuelven las cosas al estado en que se hallaron antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro quitándole su fuerza, para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado".

Segundo cargo:

"Violación directa de los artículos 1973, 1974, 1975, 1982, 1985, 1990 y 1991 del C. C., por cuanto el Tribunal no aplicó dichas disposiciones al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes en este litigio y el fallo contiene disposiciones contrarias a esos preceptos".

Sustenta el cargo el recurrente diciendo que, "el juicio giraba en derredor de la terminación de un contrato de arrendamiento, el Tribunal ha debido estudiar si el arrendador había cumplido con sus obligaciones primordiales".

La Corte estima que para desechar el cargo bastaría transcribir los apartes de la parte motiva de la sentencia del Tribunal en donde partiendo del concepto de que se trata de un contrato bilateral, se hizo un estudio detallado de las diversas probanzas aducidas al proceso para concluir que el actor en el juicio había cumplido con las obligaciones que el contrato le imponía y que el demandado dejó de realizar las que corrían a su cargo. En diversos párrafos el fallador hace referencias expresas a la vinculación jurídica existente entre Mejía Villegas y Cardona nominándola "contrato de arrendamiento" sin que el recurrente, como lo afirma, haya expresado qué disposiciones legales fueron aplicadas prescindiendo de la naturaleza del arrendamiento y en qué forma "el fallo contiene disposiciones contrarias" a los preceptos que se invocan en el fallo. Este sería de recibo si la violación directa de las disposiciones sustantivas de que se le acusa hubieran incidido en la resolución en él contenidas; ello no está demostrado. El cargo se rechaza.

Tercer cargo.

"Error de derecho en la apreciación de las pruebas presentadas por el demandado Cardona, testigos, documentos que dio por resultado la violación de los artículos 632, 637, 693 y 697 de C. J. y de los artículos 1546, 1609, 1982 y 1985 del Código Civil".

La Corte considera:

Este ataque lo presenta el recurrente en varios numerales en los cuales pretende fundamentar el error de derecho acusado; pero en el análisis que hace de los elementos probatorios ha querido que la Corte entre nuevamente a pesar, a medir, a balancear el elenco de prueba producido en el juicio, cuando tal función no corresponde a esta entidad. El recurso de casación no es de instancia y en cuanto dice relación al cargo, el error de derecho sólo se presenta cuando el fallador le dá a la prueba un valor que legalmente no le corresponde o le niega el que la norma procedimental le tiene asignado.

Repetidamente ha dicho la Corte que no porque el fallador de instancia se haya formado un concepto distinto del de los litigantes sobre el mérito de las pruebas, ello de por sí es suficiente para fundamentar el recurso en esta causal, sino que la falsa apreciación, positiva o negativamente considerada, ha de aparecer manifiesta. Y ello

no sucede precisamente en el caso objeto de este análisis en donde se transcribirán adelante algunos de los apartes del fallo en que el concepto formado por el Tribunal sobre el mérito de la prueba no puede conducir a la demostración de que hubiera incurrido en el error de derecho expuesto.

El recurrente, en cambio, incurre en error cuando al sustentar el cargo dice en algunas de sus fundamentaciones: "Como el actor trataba de demostrar que el demandado Cardona haba abandonado la mina y suspendido 'la explotación, exploración y laboreo de la cosa arrendada', la prueba pertinente era una inspección ocular con intervención de peritos, toda vez que se trataba de comprobar hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales (artículo 705 del C. J.). Sin embargo, el Tribunal con fundamento en declaraciones de testigos, en la diligencia de secuestro de la mina, dá por establecido el abandono y la suspensión de la exploración, explotación y laboreo, y, por consiguiente, contraviene el valor que la ley le asigna a dichas pruebas, error de derecho evidente y manifiesto". No acepta la Corte cómo no pueda ser admisible la prueba testifical para acreditar hechos tan claros que no requieren conocimientos técnicos como son los de precisar si una mina está o no en explotación, exploración o laboreo.

Y más adelante dice que el Tribunal incurrió en error de derecho con relación al artículo 609 del C. J., porque le dio el valor de confesión judicial a la contestación de la demanda "para sostener que está demostrada la suspensión de labores de la mina sin tener en cuenta las aclaraciones, modificaciones y explicaciones concernientes a los hechos a que se refiere. "La parte demandada, continúa el recurrente, al contestar la demanda dice que el laboreo y explotación de la zona minera no pudo hacerse en forma continua porque el demandante no cumplió con las obligaciones que le imponía el contrato; y más adelante agrega el juzgador: 'con la confesión misma de la parte demandada y de las otras pruebas que se dejan analizadas, se establece, pues, que el demandado Cardona había suspendido los trabajos de laboreo de la mina y que si había dejado algunos trabajadores, eran insuficientes para su explotación'. Así, pues, el Tribunal no tuvo en cuenta las explicaciones dadas por el señor Cardona, por lo cual también incurrió en error de derecho con violación manifiesta del artículo 609 del C. J.".

La Corte ha hecho estas transcripciones para relievar lo inocuo del cargo. El Tribunal no solamente tuvo en cuenta lo expuesto por al demandado en la contestación de la demanda, que si es una confesión judicial, sino otra clase de pruebas para llegar a la conclusión de que Cardona había suspendido el laboreo de la mina, siendo de advertir que tratándose de una confesión dividua el confesante corría con la carga de la prueba de los hechos que la modificaban.

Cuarto cargo.

"Error de hecho en la apreciación de las pruebas presentadas por las partes que condujo a la violación de los artículos 1546, 1604, 1609, 1975, 1890 y 1896 del C. C., artículo 1º de la ley 95 de 1890, 609, 632, 697, 699 y 672 del C. J."

Para fundamentar este cargo insiste el recurrente en hacer la crítica de las pruebas testimoniales allegadas por las partes, pero olvida que ante la diversidad de las probanzas en donde un grupo de declarantes afirma lo que el otro niega, el fallador podía hacer uso de la facultad que le concede el artículo 702 del Procedimiento para desentrañar, como lo hizo, dónde podía encontrarse la verdad de situaciones contradictoriamente expuestas por las probanzas.

El error de hecho como fundamento del recurso debe aparecer en los autos de modo manifiesto, es decir, que se ofrezca a la inteligencia del fallador en forma tan clara y precisa que su evidencia no puede quedar sometida a la duda; porque donde ésta exista, la evidencia desaparece; ni puede aceptarse que para llegar a tal conclusión se tome para respaldar la crítica en forma aislada de elementos probatorios prescindiendo de la concatenación que se deduce de la confrontación con otras probanzas que tiendan a acreditar el hecho en que se pretende hacer consistir el error.

Por otra parte, para que prospere esa causal deben individualizarse de manera concreta y precisa los hechos sobre los cuales el recurrente estima que se incurrió en error de hecho; no basta que se formule el cargo genéricamente, buscando, además, que la Corte llegue hasta el extremo de sopesar los testimonios para infirmar la apreciación que sobre ellos hace el Tribunal.

Dice el recurrente, por ejemplo, que el fallador tiene como demostrado, sin estarlo, que el demandado en el juicio incumplió sus obligaciones al "no trabajar de continuo y en debida forma, salvo fuerza mayor o caso fortuito, en las exploraciones, laboreo y explotación de la mina arrendada". Para llegar a este extremo anota: "La única declaración llevada por el doctor Mejía Villegas que queda en pie es la rendida por Elías Gó-

mez....; pero el Tribunal le dá un valor probatorio suficiente para afirmar que está demostrado el cumplimiento por parte de Mejía de sus obligaciones, sin tener en cuenta que dicho testigo no dá la razón de su dicho, ni dice las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se sucedieron los hechos, pues solamente afirma que es cierto lo que se le pregunta en el interrogatorio propuesto por el apoderado del actor sin dar explicación alguna". Y agrega: "Asimismo, en el fallo recurrido se dá valor de plena prueba a la declaración del doctor Hernando Gómez Mejía por lo cual admite como demostrados hechos que claramente no aparecen a través de dicha prueba y, además, aparecen contradichos de modo evidente, con otros documentos del mismo juicio".

Pero el Tribunal al hacer un amplio y detenido estudio de las probanzas dice en la parte motiva del fallo recurrido: "La parte demandante afirma (hecho 2º de la demanda) que ella entregó a Cardona y éste recibió la zona minera La Pava, pero que el segundo no la trabajó de continuo y en debida forma, ni aseguró los socavones, ni sostuvo el breque, por lo cual tiene derecho a pedir la declaratoria judicial de terminación del contrato y las condenas consecuenciales, como la entrega de la mina y pago de perjuicios. A su turno la parte demandada también, no sólo en la contestación de la demanda, sino en la de reconvención, sostuvo que el laboreo y explotación de la zona minera no pudo hacerse en forma continua, porque el demandante no cumplió con las obligaciones que le impone el contrato, porque no instaló el breque en la forma convenida ni pagó al subarrendatario el precio del oro al precio convenido, en la medida que estuviera en el mercado".

El Tribunal para aceptar como probado este hecho de la demanda, que el laboreo y explotación de la mina no se hizo en forma continua, tuvo en cuenta no tan sólo la prueba testifical al respecto sino la propia confesión del demandado de que ya se habló, quien, vuelve a repetirse, ha debido probar y plenamente las circunstancias que modificaban el hecho confesado. La apreciación del Tribunal es aceptable y por ello no puede deducirse error de derecho ni mucho menos el de hecho.

Sería alargar este fallo si se transcribieran en su integridad los diversos razonamientos hechos por el fallador de instancia para aceptar que el actor en el juicio sí cumplió las obligaciones a su cargo, entre ellas la construcción del breque a que alude la cláusula 4ª del contrato que estuvo trabajando durante más de dos años y cuyo sostenimiento según expresa declaración del pacto era por cuenta del subarrendatario; ese breque naturalmente tenía que deteriorarse por razón de la índole del trabajo que le era impuesto y debía ser sostenido en situación de rendir la faena prevista por el demandado en el juicio; no consta, por otra parte, que en presencia del daño que se dice sufrió el breque que paralizó la explotación y laboreo de la mina, Cardona hubiera requerido, si algún derecho tenía, a su co-contrante para que lo arreglara.

Dice el recurrente: "...También afirmó Cardona que Mejía Villegas no había cumplido con el pago estipulado en la cláusula 8ª del contrato, es decir, al precio convenido por onza de oro teniendo en cuenta las alzas y bajas del mercado". Agrega que estos hechos fueron ampliamente demostrados y cita una serie de declaraciones que no analiza para tratar de confirmar su aserto y concluye manifestando que "la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen al través de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, error de hecho que se manifiesta al comparar el texto del fallo con las citadas declaraciones".

En este aspecto dice el Tribunal: "...En cuanto al precio del oro, no se trajeron pruebas sobre tal afirmación, lo cual ha debido hacer la parte contrademandante. El doctor Mejía Villegas explica en la absolución de posiciones vista al folio 88 v. del cuaderno de prueba de la segunda instancia, que el mercado del oro, no es mercado libre, pues que hay que vendérselo al Banco de la República, y que al señor Pablo Cardona se le reconoció el alza que tuvo el oro en el tiempo que estuvo explotando la mina.

"Al preguntársele que Villegas aun cuándo hizo una leve concesión de aumento en el premio del castellano, no llegó a satisfacer las exigencias del precio corriente que tenía el castellano en el mercado corriente de Manizales, a lo cual contestó: 'Si es cierto y se le aumentó de acuerdo con el aumento del precio que hizo el Banco de la República'. De manera que no se demostró que el aumento reconocido por Mejía Villegas, no hubiera estado de acuerdo con el alza según el contrato".

En forma que este aspecto del cargo sí fue estudiado por el Tribunal que llegó a la conclusión de que Cardona no había demostrado la violación de la cláusula pertinente del contrato, conclusión que el recurrente pretende desvirtuar con la cita global de declaraciones que no infir-

man la deducción del fallador. Consiguientemente no prospera el cargo.

Sexto cargo:

Este cargo lo hace consistir el recurrente en que habiéndose impetrado en al contrademanda la terminación del contrato y la condena en perjuicios, no habiendo el Tribunal hecho esta condenación, se violaron directamente los artículos 1546, 1613, 1987 y 1990 del C. C.

El cargo no se acoge porque la contrademanda no prosperó en las instancias y, de consiguiente, mal podría haberse hecho una condenación a cargo de Mejía Villegas cuando el fallo le fue favorable.

Por lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio seguido por Hernán Mejía Villegas contra Pedro Pablo Cardona.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Parda. Luis Felipe Latorre — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL, LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NO PUEDE DEMOSTRARSE CON LAS DECLARACIONES DE DOS TESTIGOS SOLAMENTE. — SOBERANIA DEL FALLADOR DE INTANCIA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS

1—Teniendo en cuenta que las causales para declarar la paternidad natural establecidas por los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador en el reducto íntimo de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de qué se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian dentro de su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada.

2—Para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo en juicios sobre filiación natural, no basta la declaración de dos testigos según el artículo 697 del Código Judicial, sino que se requiere un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable (Ley 45 de 1936, artículo 4º, ordinal 5º; y artículos 6º y 7º; Código Civil, artículos 398 y 399).

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Luis Gildardo Correa demandó el reconocimiento de su estado civil como hijo natural de Leopoldo Tabares, muerto el 22 de febrero de 1952. Citó al juicio a Emilia Rosa Chica en calidad de cónyuge sobreviviente, y a Miguel Angel y Clarisa Tabares, como hijos legítimos del causante, e hizo súplicas consecuenciales en el campo del derecho hereditario.

Surtida la primera instancia, el Juez 1º Civil del Circuito de Manizales negó todas las peticiones del actor en fallo del 22 de agosto de 1953. Y el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en sentencia de fecha 2 de junio de 1954, confirmó a plenitud lo resuelto por el Juez.

Cumple ahora a la Corte conocer del recurso de casación interpuesto por la parte demandante. Tres motivos se invocan, y aunque no se expresa causal, hacen clara referencia a la 1ª señalada en el artículo 520 del Código Judicial.

Se dice, en efecto, que la sentencia es violadora de los artículos 395 (subrogado por el 1º de la Ley 92 de 1938), 397, 398, 399 y concordantes del Código Civil, así como también de la Ley 45 de 1936, particularmente de sus artículos 4º, 5º, 6º, 7º, y 8º; pero los tres cargos, si bien, se presentan por separado, constituyen nada más que uno sólo, a saber:

Que el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por el actor para demostrar su calidad de hijo natural de Leopoldo Tabares, por las causales 4ª y 5ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, esto es para 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 aquél en que cesaron; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

Estima el recurrente que fue infringida la regla del artículo 697 del Código Judicial, acerca de 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", y que esta infracción fue el vehículo para llegar al quebrantamiento de las normas sustantivas citadas en su demanda.

En particular, afirma que la sentencia viola el artículo 4º, Ley 45 de 1936, en sus numerales 4º y 5º, "pues se denegó el reconocimiento de hijo natural —dice— por estimación o apreciación

errónea de las pruebas a la luz de los principios legales".

Analiza someramente y de acuerdo con su propio criterio varias declaraciones como las de Ramón Orozco, Luis Carlos Osorio Vargas, Eduardo Naranjo, Rosario Granada v. de Arismendi, Lino Cardona Arango, y menciona las de Buenaventura Arango, Erasmo Muñoz Arcila, Arnulfo Castillo Patiño, Daniel Penao Hurtado, y José Dolores Hurtado Mejía. Afirma que el sentenciador apreció mal la manifestación hecha por Leopoldo Tabares a varios amigos en el sentido de ser padre natural de Correa, y dice que si no es una verdadera confesión, tiene que servir por lo menos para reforzar el material probatorio. Y, al final, concluye así:

"No haber analizado en su conjunto la prueba, fue un error del Tribunal que debe reconocer la H. Corte".

Se considera:

La demanda está compuesta de alegaciones presentables al debate en la instancia, pero inadecuadas en casación, y más cuando se trata de proceso que persigue el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia.

No es la casación ulterior grado en el juicio, sino recurso extraordinario y estricto, donde se presume que está conforme a derecho la valoración probatoria efectuada por el Tribunal. Y si se agrega que no sólo son de restricta interpretación las causales para declarar la paternidad natural, sembrada siempre en campos de incertidumbre, sino además que las establecidas por los ordinales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador en el recinto íntimo de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de que se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian dentro de su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada.

Tocante a la causal 4ª, sobre relaciones sexuales notorias y estables, dijo el sentenciador:

"Pero, examinados cuidadosamente todos los elementos del proceso, observa el Tribunal que en ellos no aparece prueba alguna, con visos de seriedad, sobre las relaciones sexuales estables que se dice existieron entre Leopoldo Tabares y Bárbara Correa, ya que el demandante enderezó su esfuerzo probatorio casi exclusivamente a la demostración de la otra causal invocada, es decir, de la que se refiere a la posesión notoria del estado de hijo natural que aquél pretende frente a Leopoldo Tabares.

"No puede negarse que varios de los testigos llamados a declarar sobre los hechos de la demanda, hacen la afirmación de que durante algún tiempo existieron tales relaciones sexuales entre Tabares y la Correa y que de ellas nació Luis Gildardo. Pero tal aseveración la hacen tales testigos accidentalmente y sin explicación alguna de sus dichos, al parecer con el único objeto de sentar una base o de señalar un antecedente para sus posteriores afirmaciones sobre la posesión notoria del estado de hijo natural que le atribuyen al demandante con relación a Leopoldo Tabares".

Analiza en seguida el Tribunal esas declaraciones y saca en consecuencia:

"Bien se comprende que con estas deficientes declaraciones es imposible dar por establecido el hecho que se adujo como primera causal de la demanda. Además, los restantes testigos del actor, que son la gran mayoría, manifiestan que no tuvieron conocimiento de las pretendidas relaciones sexuales entre Leopoldo Tabares y Bárbara Correa, a pesar de que casi todos dicen haber conocido a éste durante muchos años".

Dentro del sistema probatorio especialmente organizado por el legislador en esta materia, no se descubre desacierto de juicio en el Tribunal y menos aún que incurriese en error evidente de hecho en el ejercicio de sus poderes discrecionales para calificar las probanzas. Antes bien, su criterio se encuentra inspirado en la austeridad y equilibrio con que deben examinarse los medios aducidos para demostrar la paternidad natural, que nunca parte de bases ciertas. Es indiscutible que el juzgador en la instancia queda constituido en la necesidad imperiosa de formar con elementos de certeza su íntima convicción, antes de proferir el reconocimiento judicial de la paternidad fuera de matrimonio. De suerte que si en casos como el presente no ha llegado el Tribunal a considerar probada la existencia de relaciones sexuales notorias y estables entre Leopoldo Tabares y Bárbara Correa, su apreciación al respecto es intocable ante la Corte.

En cuanto atañe a la causal 5ª, sobre posesión notoria del estado de hijo, sucede otro tanto. Ella consiste de acuerdo con la ley "en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento". La posesión deberá haber durado diez años continuos por lo menos, y se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable. (Ordinal 5º, Artículo 4º, Artículos 6º y 7º, Ley 45 de 1936; Artículos 398 y 399 del Código Civil). No basta, pues, la declaración de dos testigos según el artículo 697 del Código Judicial, como parece entenderlo el recurrente.

"Esta regulación legal significa claramente —dijo la Corte— que los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural deben aparecer manifiestos en su preciso y profundo alcance, de manera inequívoca y con tal claridad que vengan a ser los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario del padre, manifestado en este caso sin ninguna de las solemnidades exigidas, pero sí por medio de actos exteriores continuados por más de diez años, en lo que mira a la subsistencia, educación y establecimiento del pretenso hijo, y en forma tan concluyente que permita a deudos y amigos o al vecindario en general inferir la paternidad, del propio modo que al juez llegar a formarse la más firme, plena e íntima convicción acerca de la existencia de aquel estado civil.

"Si dentro del régimen de la familia legítima, en que el hijo nace protegido por la presunción legal de paternidad que del matrimonio arranca, todavía es posible impugnar la legitimidad a pesar de mostrarse la filiación en las mejores condiciones de certidumbre, no habrá de ser nunca menos austera la exigencia legal de pruebas fidedignas, irrefragables y del todo concluyentes cuando se busca esclarecer y determinar la filiación fuera del matrimonio, que se produce en campos de incertidumbre a veces impenetrable, desde luego que la paternidad, oculta por naturaleza, no es susceptible de comprobación directa.

"Si en conformidad con el juicio de instancia no están demostrados irrefragablemente los hechos estrictos y precisos que la ley señala como constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, la convicción del sentenciador se hace invulnerable ante la Corte, salvo que vaya contra la resplandeciente e incontrovertible verdad procesal. Pero no cuando apenas pueda ensayarse, como lo hace la demanda en este caso, otro criterio para el examen de las probanzas. Esto sólo implicaría que las pruebas admiten varias interpretaciones, o sea que en realidad no tienen el carácter de irrefragables y que por lo mismo no son hábiles para hacer manifiesta la filiación invocada. Lo irrefragable no admite sino una sola interpretación: es la certeza, no la simple opinión y menos aún la duda.

"No puede ser de otra manera. Si el debate sobre filiación legítima, fundada en el matrimonio, se orienta sobre bases ciertas: período biológico de la gestación, presunción **pater is est quem nuptiae demonstrant**, en la procreación extramatrimonial no existe el mismo apoyo de certidumbre, el demandado se presume libre de una paternidad que es necesario comprobarle por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes, que no permitan el menor género de duda en el ánimo del juzgador, con razón que sube de punto si el pretendido padre ha muerto ya". (Casación, 15 de junio de 1954. Gaceta Judicial LXXVII, Nº 2142, pág. 828).

Ahora bien, expresó el Tribunal:

"....se advierte con facilidad, que no hay en el presente juicio verdaderos elementos de convicción que dejen al fallador sin ninguna sombra de duda, sobre la efectividad de los hechos narrados en la demanda como constitutivos de la posesión notoria del estado civil que pretende el actor.

"Las declaraciones de testigos que se trajeron para la demostración de esos hechos adolecen de un defecto común, consistente en que los declarantes no expresan en forma completa la razón de sus dichos, sino que más bien se ciñen al texto del interrogatorio. Además, muchas de esas declaraciones son contradictorias, como se verá en seguida, lo que de por sí destruye su mérito probatorio (artículo 701 del Código Judicial)".

Se detiene el sentenciador en el análisis de las declaraciones de Ramón Orozco, Luis Carlos Osorio, Buenaventura Arango, Erasmo Muñoz, Eduardo Naranjo López, Rosario Granada de Arismendi, Lino Cardona Arango y José Dolores Hurtado, para agregar en seguida:

"A la deficiencia intrínseca de las declaraciones que acaban de analizarse, se agrega el hecho de que otros testigos del actor, después de afirmar que conocieron durante muchos años al señor Leopoldo Tabares, manifiestan que nunca oyeron decir a éste que Gildardo Correa fuera su hijo natural ni oyeron decir que lo presenta-

ra con dicho carácter ante sus parientes y amigos. Y obsérvese que entre tales declarantes figuran algunos de los parientes más próximos del finado Tabares.

"Por otro lado, la parte demandada aportó también una abundante prueba testimonial proveniente de personas que conocieron y fueron amigas de Leopoldo Tabares durante más de veinte, treinta y cuarenta años, y las cuales afirman de común acuerdo que nunca oyeron decir que Gildardo Correa era hijo natural de Leopoldo Tabares. Y como si esto fuera poco, el mismo Correa confesó, al absolver un pliego de posiciones, que Leopoldo Tabares no acostumbraba mandarle dinero a Bárbara Correa para el sostenimiento de aquél; que no recuerda haber recibido nunca de Tabares un vestido como regalo, aunque sí le dió dinero en varias ocasiones; y, finalmente, que don Leopoldo no se encargó de atender a los gastos del absolvente cuando estaba en la escuela".

Lejos de haberse demostrado en casación yerro del sentenciador, y mucho menos flagrante contra la evidencia procesal, su juicio aparece en armonía con los poderes discrecionales que le incumben según la ley. En consecuencia, los cargos formulados no pueden prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida el 2 de junio de 1954.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lago, Secretario.

CASACION POR ERRORES EN LA INTERPRETACION DE UN CONTRATO

1—Las normas contenidas en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil, sobre interpretación del acto jurídico, son apenas normas de orientación que la ley da al juez para que pueda interpretar los contratos, cuando se presente el caso: por tanto, su violación no puede dar motivo al recurso de casación que se apoye en la primera parte del artículo 520 del Código Judicial.

2—Si no se demuestra evidente error de hecho por parte del Tribunal al interpretar un contrato, error que ponga de manifiesto una arbitrariedad incuestionable por parte del sentenciador, al apreciar la expresión de la voluntad de las partes, no es posible aceptar en casación el error de hecho por parte del Tribunal.

3—La naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que corresponde legalmente a aquella en que consiste y a las finalidades que persigue.

Corte Suprema de Justicia. -- Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Julio Pardo D.)

Por medio de la escritura pública número mil trescientos cincuenta y cuatro (1354), otorgada ante el notario segundo del circuito de Manizales el día diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), Luisa Londoño y Luis Jaramillo Restrepo, hicieron constar lo siguiente:

"**Primero.**—Que son dueños de un solar situado en el área de esta población, en el barrio de Hoyo-frío, cuyo frente empieza a las cuarenta y cuatro (44) varas del cruce de la carrera veintiseis (26) con la calle veinticinco (25), solar que mide en total treinta y cuatro (34) varas de frente a la citada calle 25, por cuarenta (40) varas más o menos de centro que dan a una cañada, lindero con el otorgante Jaramillo Restrepo, y cuyos linderos generales son los siguientes: por el frente, o sea el occidente, con la calle veinticinco (25); por el costado norte, con predio de la compareciente Luisa Londoño; por el costado sur, con la carrera veintisiete (27), y por el centro o sea el oriente, con propiedad del compareciente Jaramillo Restrepo. **Segundo.**—Que como los linderos tanto de la señora Londoño como de Jaramillo Restrepo confluyen en el citado solar y son imprecisos, han resuelto de común acuerdo partir la referida propiedad en dos mitades iguales y al efecto lo hacen de la manera siguiente: A la señora Luisa Londoño le corresponde un solar de diez y siete (17) varas de frente a la calle veinticinco (25), situado a las cuarenta y cuatro varas del cruce de ésta con la carrera veintiseis (26); y que linda: por el frente u occidente, con la citada calle 25; por el costado norte, con propiedad de la compareciente Luisa Londoño y por el costado sur; y el centro, con propiedad del otorgante Jaramillo Restrepo. Al compareciente Luis Jaramillo Restrepo, le corresponde un solar situado a las 61 varas del cruce de la carrera veintiseis (26) con la calle veinticinco (25), solar que mide diez y siete (17) varas de frente y más o menos cuarenta (40) varas de centro y que linda así: por el frente o sea el occidente, con la calle veinticinco; por el costado norte con el solar antes delimitado, perteneciente a la señora Luisa Londoño; por el costado sur, con la carrera veintisiete, y por el centro, con predio del compareciente Jaramillo Restrepo. **Tercero.**—La compareciente Londoño hubo la propiedad que parte, como heredera legítima de su hijo Francisco Londoño, según sentencia proferida por el juzgado segundo civil del circuito de Manizales, aprobada el 30 de octubre de 1929, ejecutoriada el 5 de noviembre del año citado y registrada el 9 de noviembre de 1929, en el libro de causas mortuorias. Y el compareciente Jaramillo Restrepo hubo su derecho en el lote de mayor extensión, por compra que le hizo a los hijos de Juan de J. Calle, del comercio de Manizales, como consta en la escritura número mil —1.000— de fecha ocho —8— de agosto de mil novecientos cuarenta y uno —1941—, otorgada en la notaría segunda de Manizales, registrada y matriculada el 5 y el 12 de septiembre del mismo año, bajo partidas nú-

meros 169 y 10, respectivamente. Cuarto—Que las partes contratantes se ceden recíprocamente los lotes o porciones de terreno que la línea divisoria haya podido efectuar, estimando que se compensan las cesiones con las adquisiciones de cada una de las partes. Quinto.—Que desde esta fecha quedan las partes contratantes en posesión y dominio de los globos de terreno que se han identificado en el presente instrumento y obligados el uno para con el otro, a responder por el saneamiento, en todos los casos contemplados por la ley. Y que para los efectos relacionados con la matrícula de la propiedad, le han fijado a cada uno de los lotes que se han individualizado, como precio, la cantidad de $ 2.000.00".

Esta escritura aparece registrada en la oficina de registro de Manizales, en el libro número primero, el 4 de octubre de 1948.

El abogado Carlos Londoño Gaviria, con poder que le confirió Luisa Londoño, y por demanda presentada ante el juez primero en lo civil del circuito de Manizales, inició juicio ordinario de mayor cuantía en contra de los herederos de Luis Jaramillo Restrepo, señores Hernando y Jaime Jaramillo Estrada y Rosa Helena Jaramillo Estrada, y a la representante de la sociedad conyugal, formada con Luis Jaramillo, señora Amelia Estrada de Jaramillo, y a esta última como heredera, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"A)—Que se declare absolutamente nula la partición contenida en la escritura pública número 1354 de 17 de septiembre de 1948, otorgada en la notaría 2ª de esta ciudad, por medio de la cual la señora Luisa Londoño parte con Luis Jaramillo Restrepo el lote de que trata la mencionada escritura, y alinderado como allí se expresa.

"B)—Que como consecuencia de la declaración anterior, vuelvan las cosas al estado que tenían antes de la partición, restituyendo los demandados en general, o el menor Jaime Jaramillo Estrada, representado por su madre señora Amelia Estrada, en particular, el inmueble objeto del juicio con sus accesorios, alinderado en el numeral segundo de la aludida escritura 1354, y que le tocó al señor Jaramillo Restrepo, inmueble comprendido así: por el frente u occidente, con la citada calle 25; por el costado norte, con propiedad de Luisa Londoño, por el costado sur con la carrera 27, y por el centro con predio de Teresa Vélez (maliciosamente se dice Luis Jaramillo Restrepo).

"C)—Que se ordene la cancelación del referido instrumento en la oficina de registro de instrumentrumentos públicos y privados de esta ciudad.

"D)—Que se condene a los demandados en las costas del juicio.

"Peticiones subsidiarias

"Subsidiariamente pido, que con citación de la sucesión y de la sociedad conyugal disueltas y liquidadas del señor Luis Jaramillo Restrepo, formada esta última con la cónyuge Amelia Estrada v. de Jaramillo, representada la sucesión por Rosa Helena, Hernando y Jaime Jaramillo Estrada y la sociedad conyugal representada por la cónyuge sobreviviente Amelia Estrada de Jaramillo, se hagan las declaraciones pedidas en los numerales a), b), c) y d) de las peticiones principales. Estima la cuantía del juicio en más de diez mil pesos".

La sentencia de primera instancia, proferida el catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, dice, en su parte resolutiva:

"Primero.—Se declara absolutamente nula la partición contenida en la escritura pública número 1354 de 17 de septiembre de 1948, otorgada en la notaría segunda de este circuito, por medio de la cual la señora Luisa Londoño parte con Luis Jaramillo Restrepo, el lote de terreno de que trata la mencionada escritura, por los linderos allí expresados.

"Segundo.—Como consecuencia de la declaración anterior, los demandados Rosa Helena, Hernando y Jaime Jaramillo Restrepo y la señora Amelia Estrada de Jaramillo como representante de la sociedad conyugal disuelta formada con su cónyuge Luis Jaramillo Restrepo, deben restituir al cesionario de la demandante doctor Carlos Londoño Gaviria, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble que en la escritura pública número 1354 de 17 de septiembre de 1948 correspondió al señor Luis Jaramillo Restrepo, por los linderos allí expresados, junto con sus frutos, a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

"Tercero.—Se ordena la cancelación del registro de la mencionada escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de este circuito.

"Cuarto.—Así mismo se ordena cancelar la inscripción de la demanda, caso de haberse verificado.

"Quinto.—No están probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

"Sexto.—Se condena en costas a la parte demandada (Decreto 0243 de 1951)".

Como la parte demandada no se conformó con la sentencia del juez, interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y surtida la segunda instancia, esa superioridad desató la litis, en sentencia de fecha veintitres de julio de mil novecientos cincuenta y tres, sentencia que dice en su parte resolutiva:

"... El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales... **Revoca** en todas sus partes la sentencia recurrida, y en su lugar **absuelve** a la parte demandada de los cargos formulados contra ella en la demanda. Las costas de ambas instancias son de cargo de la parte demandante".

Contra la anterior sentencia recurre en casación la parte actora, y ante la Corte solamente esta parte compareció para fundamentar el recurso. Como el trámite propio de la casación está agotado, procede la Corte a resolverlo.

El recurrente, después de hacer un recuento de los hechos materia de la controversia y de examinar las sentencias de instancia, se expresa así:

"Fundo el recurso en la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en los conceptos que aparecen en los siguientes apartes".

Y formula tres cargos, que se analizan a continuación, en el orden en que aparecen expuestos:

"**Cargo primero.**—Infracción directa de los arts. 1618, 1621, 1622 y 1624 del C. C., y aplicación indebida de las mismas disposiciones, determinada por error en la interpretación del acto contenido en la escritura pública número 1354 de 17 de septiembre de 1948, otorgada en la notaría segunda de Manizales".

Pretende el recurrente que el Tribunal de Manizales se equivocó al calificar como un contrato de transacción el contenido en la escritura pública número 1354 que las partes denominaron de partición de bienes comunes, conclusión a que llegó el Tribunal incurriendo en notorio y evidente error de hecho. Hace una argumentación encaminada a demostrar que el contrato a que se refiere la citada escritura número 1354 es una verdadera partición de bienes comunes, y no podía calificarlo el Tribunal de otra manera, porque esa fue la verdadera intención de las partes, la que se halla respaldada por documentos que obran en el proceso; y concluye el recurrente:

"Conforme a la doctrina y la jurisprudencia, la interpretación por vía judicial de los actos y contratos privados, cuando las partes le den a su alcance y sentido una diferente apreciación, ha de tener lugar en los casos en que las partes mismas provoquen la definición de su relación jurídica. En tal evento el juez o Tribunal deberá determinar el contenido de la convención, ajustando su proceder a las reglas de hermenéutica trazadas de antemano por la ley. Allí encuentra su límite la libertad de interpretación que la jurisprudencia reconoce a los Tribunales de instancia, para evitar que la vía judicial estatuya disposiciones de voluntad no queridas o consentidas por los contratantes. Por ello, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella, y en aquellos casos en que no apareciera voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (artículo 1618 y 1621 del C. C.). Todo lo anterior conduce a determinar el error evidente de hecho que llevó al H. Tribunal a desnaturalizar el contenido jurídico del acto de que da cuenta la escritura 1354, en que se hizo constar una partición extrajudicial. De haberse aplicado rectamente por el Tribunal las reglas de interpretación de los contratos que se citan como fundamento del cargo, el fallo se hubiera asentado sobre bases de certeza contractual y legal. Porque era inadmisible sustituir la partición voluntaria consignada en las cláusulas contractuales, en forma nítida, por otra convención cualquiera, y menos por un contrato de transacción, como con evidente error lo hizo el sentenciador. Ahora bien, el error en la interpretación del acto contrato, siguiendo la jurisprudencia de la H. Corte, es motivo suficiente para dar cabida al recurso de casación, cuando como en el presente caso se presenta de un modo evidente en el proceso".

El cargo, pues, está fundado en que el Tribunal no aplicó rectamente las reglas de interpretación de los contratos que contienen las disposiciones de los artículos 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, que son las citadas por el recurrente.

Se considera:

Para rechazar el cargo sería suficiente decir que las normas contenidas en el Título 13 del libro 4º del Código Civil, sobre interpretación del

acto jurídico, son apenas normas de orientación que la ley da al juez para que pueda interpretar los contratos, cuando se presente el caso; por tanto, su violación no puede dar motivo al recurso de casación que se apoye en la primera parte del artículo 520 del Código Judicial.

Sobre este particular la jurisprudencia de la Corte es terminante y repetida, según se desprende de las siguientes trascripciones, tomadas de la Gaceta Judicial:

"La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil, que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas, con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el título 13, libro 4º del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad de la apreciación de los pactos. No confieren estas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base del cargo en casación con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, como en varias decisiones lo tiene repetido esta Sala". (Casación, 18 de mayo de 1943, G. J., Nº 1996).

"Por lo demás, las disposiciones de los artículos 1618 y 1620 a 1625 del Código Civil, que el recurrente señala como violadas por el Tribunal, no dan base, como jurisprudencialmente lo tiene establecido la Corte, al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520, porque tales preceptos no consagran derechos y contienen simples reglas o consejos para una acertada interpretación contractual en busca de la verdadera intención de las partes que es la norma predominante, en forma que a su quebranto no puede llegarse sino a través del desconocimiento de otros textos legales. (Sentencia de Casación, G. J.—Tomo 56, pág. 211)".

Lo dicho es suficiente para declarar infundado el cargo; pero como el recurrente ataca la sentencia por notorio y evidente error de hecho en la interpretación del acto contenido en la escritura 1354 de 17 de septiembre de 1948, de la notaría de Manizales, por cuanto el Tribunal interpretó dicho acto como un contrato de transacción y no como una partición extrajudicial, desnaturalizando así el contenido jurídico de tal contrato, es procedente examinar el fundamento de la aseveración del recurrente, tanto más si se considera que de la solución que haya de darse a este aspecto de la demanda en casación, se desprenden consecuencias definitivas para aceptar o rechazar los otros dos cargos que hace el recurrente a la sentencia.

Para proceder con orden se enuncian los dos cargos dichos, que consisten en lo siguiente:

El Tribunal violó directamente los artículos 2469 y 2483 del Código Civil, el primero de los cuales define qué se entiende por transacción, y el segundo trata sobre el efecto de la misma en relación con la cosa juzgada, cargo segundo de la demanda. El tercer cargo acusa la sentencia por violación directa de los artículos 1405, 1502, 1509, 1524, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y 2º de la ley 50 de 1936, pues considera el recurrente que "la acción incoada se encaminaba a demandar la nulidad originada en la falta de causa y en el error como vicio del consentimiento y sus pedimentos fueron rechazados por el H. Tribunal aduciendo como razón la de que en el caso de autos no se trataba de una partición sino de una transacción" y se sostiene en la demanda de casación que "si la intención que movió a los contratantes fue la de poner fin a la indivisión que ellos consideraban existente, en la forma en que lo pactaron, esa convención no puede surtir efectos jurídicos. Primero, por estar viciado el consentimiento por error sobre la naturaleza misma del acto, y sobre la existencia o identidad del objeto, toda vez que se tuvo una determinada creencia: la de ser comuneros, lo que en manera alguna correspondía a la realidad. Y de los términos mismos de la convención se revela que esa creencia fue determinante, en forma tal que si la señora Londoño hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado a contratar". "Pero es más: aún aceptando como cierta la tesis del H. Tribunal acerca de la calificación del acto, y que realmente existió una transacción, también jugaba aquí el error, por no existir la base cierta de transacción".

"Resta agregar que también falla el acto de que dá cuenta la escritura 1354 por falta de causa, toda vez que para pagarle a la señora Londoño la hijuela que le correspondió en la partición extrajudicial, se le adjudicó un lote de terreno que era ya de su propiedad, por ostentar un título preexistente, y no hubo de parte del otro contratante ninguna contraprestación. Se

infringió así directamente la norma contenida en el artículo 1524 del C. C., y los artículos 1740, 1741 y 1746 de la misma obra".

Para apreciar la interpretación que del contrato hizo el Tribunal, debe destacarse el hecho de que las partes no están de acuerdo en el contenido jurídico del contrato, pues al paso que la parte demandante lo considera como un contrato de partición de bienes comunes, la parte demandada estima que se trata de una transacción en materia de linderos entre las propiedades de Luisa Londoño y de Luis Jaramillo Restrepo. Las partes, pues, están de acuerdo en que contrataron y no desconocen la existencia de la escritura 1354, pero están en desacuerdo en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, y sobre ese desacuerdo ha girado toda la diferencia materia de la litis. Entonces al Tribunal le corresponde, como cosa esencial, determinar qué clase de contrato es el contenido en la escritura número 1354 o como lo dice la sentencia "...la primera cuestión que surge es la de establecer si en verdad el acto contenido en la escritura 1354 es una partición de bienes comunes, como se sostiene en la demanda, o si es apenas una transacción en materia de linderos, como lo afirma la parte demandada", y continúa la sentencia en el análisis del contrato, estudiando tanto los términos empleados por las partes para manifestar su voluntad, como los motivos que tuvieron para contratar, y llega a la conclusión de que el tal contrato no es de partición de bienes comunes, sino que el propósito de las partes "fue señalar la línea divisoria de los predios a que se refieren los títulos que señalan en la cláusula tercera".

El recurrente afirma que el Tribunal incurrió en evidente y notorio error de hecho en la interpretación del contrato, pero para que el cargo fuera viable en casación sería necesario que se demostrara un evidente error de hecho que implique una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de las partes. La Corte, en sentencia de casación de 24 de marzo de 1955, dijo:

"La interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inc. 1º del ord. 1º del art. 520 del C. J., cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inc. 2º ordinal 1º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico".

Si, pues, no se demuestra evidente error de hecho por parte del Tribunal al interpretar un contrato, error que ponga de manifiesto una arbitrariedad incuestionable por parte del sentenciador, al apreciar la expresión de la voluntad de las partes, no es posible aceptar, en casación, el error de hecho por parte del Tribunal.

En el caso sub judice el Tribunal al aceptar la existencia del contrato celebrado entre Luisa Londoño y Luis Jaramillo Restrepo, y ante la discrepancia de opiniones entre las partes acerca de la calificación jurídica del mismo contrato, lo interpretó diciendo que se trata no de una partición de bienes comunes sino de una transacción en cuanto a linderos. En este caso no cabe el error de hecho, pues no aparece la evidente equivocación del Tribunal que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria apreciación de los elementos probatorios del contrato. Por el contrario, la interpretación que del contrato hace el Tribunal para calificarlo como de transacción sobre linderos, tiene asidero en los autos, ya que está demostrado, y las partes lo aceptan, que Luisa Londoño y Luis Jaramillo Restrepo no eran dueños del predio en común y proindiviso, y entonces es imposible que pudieran partir extrajudicialmente lo que no les pertenecía en comunidad.

Pero como alguna finalidad debían tener los contratantes al firmar la escritura número 1354, esa finalidad no podía ser otra distinta de la de definir cuál es la línea divisoria entre los dos predios. Y a esa línea divisoria hacen referencia en la cláusula cuarta de la escritura cuando dicen "que las partes contratantes se ceden recíprocamente los lotes o porciones de terreno que la línea divisoria (subraya la sala) haya podido afectar, estimando que se compensan las cesiones con las adquisiciones de cada una de las partes".

Lo dicho es suficiente para decir que el primer cargo no prospera.

Cargo segundo

En el segundo cargo dice el recurrente que el Tribunal violó directamente los artículos 2469 y 2483, y por aplicación indebida de las mismas disposiciones, por mala interpretación de la prueba documental, inspección ocular, dictamen pericial y testimonios.

El razonamiento del recurrente se endereza a demostrar que el contrato contenido en la tántas veces citada escritura número 1354, no es de transacción, e impugna el fallo porque éste está construído sobre la base de que el acto contenido en la escritura 1354 reúne los requisitos de esta modalidad contractual, y esto no es así, según el recurrente, porque faltan los elementos esenciales para la conformación del contrato de transacción, por cuanto "no era posible el litigio, desacuerdo o desavenencia entre las partes por cuestión de linderos" y "por cuanto no hubo de parte del contratante Jaramillo contraprestación alguna".

El argumento principal del recurrente consiste en afirmar que los predios de Luisa Londoño y Luis Jaramillo Restrepo no eran colindantes y que por lo tanto no podía existir ninguna diferencia en cuanto a linderos; y que, además, por esa misma razón no hubo de parte de Jaramillo Restrepo ninguna contraprestación, toda vez que el predio que se determina en la escritura como de propiedad de Luisa Londoño, ya le pertenecía y también le pertenecía el solar que le fue adjudicado al contratante Jaramillo Restrepo.

Pero estas afirmaciones del recurrente no están demostradas y muy al contrario, del examen de las piezas que obran en el proceso se deduce que una vez modificada la naturaleza del predio a causa del relleno que se hizo arrojando la tierra del morro en la cañada que formaba la quebrada, los dos predios quedaron colindando y el límite se hizo impreciso.

Si como lo afirma el demandante en el libelo, el predio de Luisa Londoño tenía como lindero la quebrada llamada "Sacatín" y a lindes de esa quebrada el señor Luis Jaramillo Restrepo verificó "el bombeo de un morro de su propiedad", es perfectamente claro que una vez relleno el cauce de la tal quebrada, los predios siguieron colindando pero ya la línea divisoria se hizo imprecisa por razón de las obras ejecutadas. Este hecho evidente no está desvirtuado por ninguna de las pruebas que obran en el proceso, lo consideró el Tribunal en la sentencia, luego de un estudio detenido de las probanzas presentadas por la demandante, y que encontró inaceptable para el caso. Dice el Tribunal, después de la consideración de las pruebas presentadas:

"No sobra advertir que el de autos es un caso en que la prueba debe ser especialmente precisa y vigorosa, no sólo porque se refiere a una situación de hecho ya desaparecida que se trata de reconstruir hoy para acomodarla a la realidad actual, sino porque ella se encamina a un fin tan grave y delicado como es el de eliminar un acto jurídico que se presume válido y eficaz".

El Tribunal no encontró que las pruebas presentadas por el demandante fueran suficientes a demostrar que los predios de Luisa Londoño y de Luis Jaramillo Restrepo no fueran colindantes, y, por el contrario, del examen de los hechos dedujo que sí lo eran. En esta tarea no incurrió en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, y partiendo de la base de que estaba probada la colindancia de los solares, aplicó la ley a los hechos establecidos y esa aplicación, en cuanto dijo el Tribunal que se trataba de un contrato de transacción sobre linderos y dedujo de esa afirmación las consecuencias legales del contrato de transacción, no viola la ley por indebida aplicación, lo cual tiene lugar cuando el sentenciador resuelve el caso aplicando disposiciones legales que no son aplicables, o como dijo la Corte en sentencia de fecha 15 de septiembre de 1954, "el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis que le es extraña" (G. J. -Tomo LXXVIII- pág. 604-605).

El Tribunal calificó rectamente el contrato contenido en la escritura 1354, como un contrato de transacción de linderos y entonces aplicó, con toda propiedad, las disposiciones legales que atañen a esa clase de contratos.

Tampoco prospera, por lo dicho, el cargo segundo.

Cargo tercero

"Violación por vía directa de los artículos 1405, 1502, 1509, 1510, 1524, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936".

La infracción a los artículos citados se desprende, según el recurrente, de que la señora Luisa Londoño padeció un grave error en el consentimiento que prestó al celebrar el contrato de que da cuenta la escritura número 1354, porque ella procedió como si fuera propietaria, en común y proindiviso, con el señor Jaramillo Restrepo respecto del terreno que dijeron procedían a dividir extrajudicialmente; y como según el recurrente, la señora Londoño era dueña exclusiva del terreno, la posición que ella asumió al contratar, lesionaba, por ser errónea, sus derechos. Y agrega: "...si la intención que movió a los contratantes fue la de poner fin a la indivisión que ellos consideraban existente, en la forma en

que lo pactaron, esa convención no puede surtir efectos jurídicos. Primero, por estar viciado el consentimiento por error sobre la naturaleza misma del acto, y sobre la existencia e identidad del objeto, toda vez que se tuvo una determinada creencia: la de ser comuneros, lo que en manera alguna correspondía a la realidad. Y de los términos mismos de la convención se revela que esa creencia fue determinante, en forma tal que si la señora Londoño hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado a contratar".

Se observa:

Como acertadamente dice el Tribunal "La naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que corresponde legalmente a aquella en qué consiste y a las finalidades que persigue".

Por eso el Tribunal dedujo que el contrato celebrado entre Luisa Londoño y Luis Jaramillo Restrepo, a pesar de que ellos dijeron en alguna de sus cláusulas que se trataba de partir un terreno, no fue un contrato de división de bienes comunes, sino un convenio celebrado para determinar claramente un lindero, entre sus propiedades, que aparecía impreciso. El argumento del recurrente falla por su base, pues ya se estableció que el contrato no fue de división de bienes comunes, cosa que como el mismo recurrente dice, en manera alguna correspondía a la realidad", sino de transacción en cuanto a linderos comunes entre dos predios. "Tratándose jurídicamente de una transacción, dice el Tribunal en la sentencia, y no de un acto de partición, ningún alcance tiene la circunstancia de que la señora Londoño hubiera contratado en la creencia de que se trataba de una partición. Tal creencia sólo puede ser el fruto de un error de derecho, originado en ignorancia de la ley, y es bien sabido que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, ni pueden, por lo mismo, admitirse errores que se funden en ella.

"Consecuencialmente, el error específico que se señala en la demanda como fundamento de la acción de nulidad incoada, esto es, el de que la señora Londoño obró en la firme convicción de que era comunera con el señor Jaramillo Restrepo, no puede producirse o al menos no puede tenerse en derecho como producido. En efecto, en una transacción sobre linderos no hay ocasión para incurrir en un error como ése, pues una transacción sobre linderos excluye el concepto de comunidad entre los que transigen".

Y más adelante se expresa así el Tribunal, refiriéndose ya al error que puede sufrir una de las partes que transigen y que pudiera anular la transacción:

"... no puede tenerse como error susceptible de anular una transacción, el que se hace consistir en que la parte dice haberlo sufrido creyó que era incierto lo que de acuerdo con el título que invocó al transigir era cierto, como en el caso de autos. Además de lo dicho, en hipótesis, como la considerada, se estaría apoyando un derecho en una culpa propia y según es sabido, 'nemo audit. tur propiam turpitudinem allegans'".

Por lo que se deja expuesto, se concluye que no prospera el tercero y último de los cargos que formula el recurrente.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha veintitres (23) de julio de mil novecientos cincuenta y tres (1953), en el juicio ordinario de Luisa Londoño (hoy Carlos Londoño Gaviria como cesionario), contra Amelia Estrada de Jaramillo y otros.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro L., Secretario.

DERECHO HEREDITARIO DE LOS HIJOS NATURALES EN LA SUCESION DE SU PADRE, AUNQUE ESTE HAYA MUERTO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 45 DE 1936, CUANDO NO CONCURREN DESCENDIENTES LEGITIMOS. PRETERICION DE LEGITIMARIO EN EL TESTAMENTO

1—Aunque el padre haya muerto antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, los hijos que obtengan la declaración judicial de la paternidad natural tendrán derecho a participar en la sucesión de aquél si no hay descendencia legítima; porque la sentencia que decide un juicio sobre filiación natural es simplemente declarativa, conforme lo dispone expresamente el artículo 4º de la mencionada ley y porque su derecho hereditario existía en el momento de la defunción del causante conforme al artículo 1240 del Código Civil.

2—Cuando un hijo natural invoca después de la defunción del padre y contra los herederos de éste la disposición del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para obtener la declaración de filiación y como consecuencia la parte que le corresponda en la herencia, no vulnera ningún derecho perfecto de dichos herederos; se encuentra tal hijo en la misma situación del heredero que, en la oportunidad correspondiente, no recibió su parte en la herencia por hallarse en ese momento en imposibilidad de acreditar su vocación.

Por lo dicho, nada significa la circunstancia de que la sucesión del padre se haya abierto y liquidado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45, si sólo se trata de obtener el reconocimiento de una vocación sucesoral que existía en el momento de la defunción del causante.

3—Reitera la Corte su doctrina de que la simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Al legitimario preterido le basta para lograr el reconocimiento de su derecho, presentarse al respectivo juicio de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya está concluido, la correspondiente acción de petición de herencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a veintiseis de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido por Matilde Espinosa y Fernando Espinosa contra Heliodoro Villegas Daza.

Antecedentes

Francisco Villegas M., otorgó testamento conforme a escritura pública número 368 de 29 de abril de 1933 de la Notaría segunda de Cali; reconoció como su hijo natural a Heliodoro Villegas Daza y lo instituyó como heredero (Cuaderno Nº 1, ff. 1 y 2).

Falleció Villegas M., el día 7 de mayo de 1933; el juicio de sucesión, acumulado al de su esposa, muerta en 1929, de la cual no tuvo descendencia, fue protocolizado el 25 de julio de 1935, según escritura número 301 de la Notaría primera de Palmira (Ib., ff. 3 y ss.).

Matilde Espinosa y Fernando Espinosa, en demanda contra Heliodoro Villegas Daza, presentada al Juzgado del Circuito de Palmira, pidieron que se hicieran las siguientes declaraciones: "a) Que Matilde Espinosa y Fernando Espinosa, de las condiciones civiles expresadas antes, son hijos naturales del señor Francisco Villegas M., ya fallecido; b) que Matilde Espinosa y Fernando Espinosa, como hijos naturales del mencionado señor Francisco Villegas M., son herederos suyos y tienen los derechos que les reconocían las leyes reguladoras de su condición de tales al tiempo de su nacimiento y las que les reconocen hoy, especialmente la Ley 45 de 1936; c) que como consecuencia, queda reformado el testamento que otorgó el señor Francisco Villegas M., en el sentido de admitir y reconocer como herederos

del mismo a Matilde Espinosa y Fernando Espinosa, como legitimarios que son en su carácter de hijos naturales de aquél, y por la cuota que les corresponde en los bienes herenciales; d) que si el señor Heliodoro Villegas Daza se opone, sea condenado en costas".

Dice, en resumen, la demanda: que Francisco Villegas M., tuvo su domicilio, durante varios años, en el Municipio de Bugalagrande; que en los años de 1895 a 1900 conoció a Rafaela Espinosa, con quien tuvo relaciones sexuales, de las cuales nacieron Matilde y Fernando Espinosa; que posteriormente Villegas M., se trasladó a las ciudades de Cali y Palmira; que siempre reconoció a los nombrados como sus hijos naturales y que así los presentó a sus relacionados y amigos; les dió el nombre de hijos en cartas y papeles que se conservan; atendió á su crianza, educación y establecimiento, todo esto por un lapso mayor de diez años. Expresa también: "Matilde Espinosa y Fernando Espinosa son hijos naturales del señor Francisco Villegas M., porque en su poder reposan cartas del señor Villegas M., en donde hace un expreso reconocimiento, sin reticencias de ninguna clase".

Se opuso el demandado a las pretensiones de los demandantes y, tramitada la instancia, decidió el Juzgado:

"Declárase probada la excepción perentoria de 'inexistencia de la obligación que se demanda' contra el señor Heliodoro Villegas Daza, o lo que generalmente se denomina 'carencia de acción por parte de los demandantes', en virtud de las consideraciones pertinentes que aparecen consignadas en la parte motiva de esta sentencia, y en consecuencia, se absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda".

Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Cali.

La sentencia acusada

Dice, en síntesis, que "muerto el presunto padre natural y arreglada la sucesión antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, las simples o meras expectativas de los hijos ilegítimos de llegar a ser reconocidos por su padre como hijos naturales, terminan definitivamente con la muerte del padre de acuerdo con la Ley 153 que era la vigente en la República en la época del fallecimiento. Y si además del fallecimiento del presunto padre en época anterior al 30 de mayo de 1936, se encuentra también que su sucesión fue arreglada y protocolizada antes de esa fecha, los herederos entonces llamados y a quienes se adjudicó la herencia, tienen un derecho adquirido sobre ella, derecho que ninguna ley posterior puede desconocer, porque resulta amparado por el artículo 37 de la Ley 153 de 1887. Bajo el imperio de la Ley 153, los hijos ilegítimos, (clasificación legal que no generaba entonces ningún derecho) mantenían una situación de expectativa para ser reconocidos como naturales por los medios que esa ley admitía, pero la muerte del presunto padre, al imposibilitar la realización de cualquiera de los actos propios del reconocimiento, marcaba también el fin de la expectativa. En esas condiciones, la Ley 45 no puede llegar a modificar ahora situaciones consolidadas bajo la vigencia de una ley anterior. Así planteadas las cosas, se llega a esta conclusión: a la acción de investigación judicial de la paternidad natural consagrada por la Ley 45 de 1936 se opone, en este caso, una situación consolidada en beneficio del heredero a cuyo patrimonio ingresaron los bienes del causante por un acto legal de partición aprobado por sentencia ejecutoriada. Y esta oposición se traduce en una excepción perentoria de carencia de acción de los demandantes, la misma que el Juzgado de primera instancia declaró probada en el fallo recurrido y que oportunamente fue propuesta por el demandado. Por consiguiente, esa sentencia en su parte resolutiva coincide con las deducciones expuestas en esta providencia y por ello, en sentir de esta Sala, debe ser confirmada. Desde este punto de vista, sobra el estudio de las probanzas aducidas por los demandantes".

La casación

El recurrente acusa el fallo, por la causal primera, como violatorio de los artículos 1º, 4º, 7º y 28 de la Ley 45 de 1936, y 39 de la Ley 153 de 1887. De conformidad con los dos primeros, han de reputarse hijos naturales, desde su concepción, a quienes obtienen la respectiva declaración judicial: hay, por consiguiente, errónea interpretación de tales textos por parte del sentenciador. El artículo 28 se refiere a la concurrencia con descendientes legítimos y resulta, por tanto, indebidamente aplicado en la sentencia. El 7º consagra la doctrina de que la acción de filiación puede ser dirigida contra los herederos del presunto padre y aparece, en consecuencia, erróneamente interpretado. Agrega el recurrente que de los medios establecidos en la Ley 45 de 1936 para comprobar la filiación natural, pueden hacer

uso los hijos nacidos antes de la vigencia de dicha ley, conforme a doctrina expuesta por la Corte en fallo de 7 de abril de 1953. Finalmente, aduce, en apoyo de la acusación, la doctrina sentada por la Corte en fallo de 20 de septiembre de 1945.

La Corte considera:

Primero. — En fallo de 20 de septiembre de 1945, citado por el recurrente, decidió la Corte un recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el siguiente caso: Cándido Forero falleció el 10 de mayo de 1931, dejando como heredero a su madre legítima. Alberto y Carmen Forero la demandaron para que se les declarara hijos naturales de Cándido, lo que obtuvieron en sentencia que, en su oportunidad, se declaró ejecutoriada. Basados en ella, Alberto y Carmen fueron declarados herederos de Cándido en el respectivo juicio de sucesión. Pompilio Forero, invocando el carácter de heredero, por subrogación, de Cándido Forero, en demanda ordinaria contra Alberto y Carmen, pidió las siguientes declaraciones: 1º Que la herencia de Cándido se defirió a quienes correspondía la vocación legal el día de su muerte; 2º—Que esa vocación, según el artículo 1046 del Código Civil, vigente ese día, se extendía a los hijos naturales en cuanto para esa fecha los hubiera; 3º—Que Alberto y Carmen no tenían esa calidad para esa fecha y por tanto no tienen derecho alguno a los bienes relictos como hijos naturales. El Tribunal decidió que por no tener los demandados la calidad de hijos naturales de Cándido el día de su muerte, "carecen de vocación hereditaria con relación a sus bienes"

Acusado el fallo del Tribunal de Tunja, expresó la Corte:

"El cargo que la Sala halla justificado y suficiente para esa invalidación es el de quebranto de los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936, en cuanto el 1º dice que es hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la misma ley. Y en cuanto el 2º establece la limitación de los efectos de esta ley en el sentido de no incluir en éstos a los hijos naturales, exclusivamente para su concurrencia con descendientes legítimos, refiriéndose en aquéllos a los concebidos antes de entrar ella a regir. No tratándose aquí de concurrencia con hijos legítimos, el artículo 2º se ha aplicado indebidamente; y, habiéndose de reputar hijos naturales desde su concepción a quienes obtienen la declaración judicial referida, se interpretó erróneamente el artículo 1º

"La violación de estas disposiciones sustantivas hace que el recurso prospere: de ahí que no se entren otras quebrantadas también con aquella opinión, tan reñida con la unidad indivisible de un estado civil dado, considerado en sí mismo, y tan reñida también con la calidad de las sentencias sobre éste, que son declarativas y forzosamente se limita na reconocer, sin crear, los hechos constitutivos, éstos sí, de tal estado. Esa opinión, o sea, la de que Alberto y Carmen adquirieron la calidad de hijos naturales de Cándido por obra de la sentencia de 25 de octubre de 1939 y, por ende, sólo desde ese día, es grave yerro que implica el de que la paternidad se debe al fallo o, al menos, **el de que aquéllos, en el curso de su vida, por un tiempo fueron y por otro tiempo no fueron hijos de su padre, lo que es absurdo.**

"La sentencia, que es, repítese, declarativa, señala la fecha de la declaración; pero no la de la concepción. Cualquiera que sea el día de aquélla, su obligada posterioridad al de la concepción no puede alterar o quebrar la paternidad misma.

"Estos conceptos son ya un lugar común en la doctrina; al punto de ser innecesario exponer sus lógicos y obvios fundamentos. Además, y con esto bastaría, la ley da el carácter de declarativa a la sentencia. Así, por ejemplo, reduciendo la cita a las disposiciones de la 45 de 1936, se tiene que para enumerar su artículo 4º los casos a que se refiere, comienza con estas palabras: 'Hay lugar a **declarar** judicialmente la paternidad natural...'. Después de esa enumeración, agrega: 'En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la **declaración** de paternidad si el demandado demuestra...'. Y el artículo 10º dice: 'A falta de representante legal, tiene derecho a demandar la **declaratoria** de filiación para un menor la persona o entidad que haya cuidado de su crianza' (Subraya la Corte).

"En suma, Alberto y Carmen, declarados judicialmente hijos naturales de Cándido, lo son desde que fueron concebidos y, por tanto, lo eran al morir su padre y tuvieron, con esa calidad, la vocación que el Tribunal les ha negado. Como se dijo, Cándido murió intestado y célibe. El problema de la concurrencia con descendientes legítimos es ajeno al presente caso". (G. J., tomo LIX, pág. 929).

Segundo.—Confirma la Corte la doctrina expuesta en el fallo cuya parte pertinente se deja transcrita. Al respecto, anota:

Que el fallo que se profiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es declarativo del estado de hijo natural; así lo dice expresamente la citada disposición legal y así lo ha expuesto esta corporación en varias decisiones;

Que en virtud de ese efecto declarativo del fallo, se reputa que el hijo ha tenido siempre la calidad de hijo natural; el estado civil de una persona es, en efecto, indivisible, como acertadamente lo expresa el fallo citado, y sería, por tanto, absurdo señalarle a la filiación natural un punto de partida diferente de la fecha de la concepción;

Que el reconocimiento judicial de una filiación natural determinada implica el reconocimiento de los derechos sucesorales correspondientes a tal filiación;

Que al hijo declarado judicialmente como natural después de muerto el padre, se le reconoce la calidad de heredero al tiempo de la delación en fuerza del efecto retroactivo, no de la ley, sino del fallo que declara la filiación;

Que de conformidad con la legislación anterior a 1936, que no permitía la investigación de la paternidad natural, no adquirió el padre, en frente del hijo, un derecho a la no comprobación judicial de tal paternidad; así, la Ley 45 puede ser invocada por hijos nacidos antes de su vigencia, y los medios probatorios señalados en el artículo 4º son admisibles para acreditar hechos ocurridos antes de comenzar a regir dicha ley, según lo ha expuesto ya la Corte en fallos de 7 de abril de 1953 y 23 de septiembre de 1954;

Que una ley, en cuanto modifique el régimen hereditario, no puede aplicarse a sucesiones abiertas con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia; así, se les daría efecto retroactivo a las disposiciones de la ley 45, que reforma los derechos herenciales del hijo natural, si se aplicaran a sucesiones abiertas con anterioridad al día 30 de mayo de 1936;

Que de conformidad con el artículo 37 de la ley 153 de 1887, citado en el fallo recurrido, "en la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación": pero que la doctrina consagrada en esta disposición legal sólo quedaría desconocida en el caso de que se tratara de aplicar la ley 45, en las disposiciones que modifican los derechos herenciales del hijo natural, a sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha ley;

Que en el caso de que trata el juicio no se pretende hacer efectivo un derecho a la herencia que no existiera en el momento de la delación de la misma; los demandantes invocan la calidad de legitimarios que les reconocía la disposición del artículo 1240 del Código Civil, vigente en la fecha en que se defirió la herencia;

Que, por otra parte, no se presenta en este juicio la cuestión de concurrencia con hijos legítimos prevista en el artículo 28 de la Ley 45;

Que el hecho de que en un juicio de sucesión se le adjudiquen los bienes a un heredero no es suficiente para reconocerle un derecho adquirido respecto de otros herederos cuya calidad se demuestre posteriormente;

Que cuando un hijo natural invoca después de la defunción del padre y contra los herederos de éste la disposición del artículo 4º de la ley 45, para obtener la declaración de filiación y como consecuencia la parte que le corresponda en la herencia, no vulnera ningún derecho perfecto de dichos herederos; se encuentra tal hijo en la misma situación del heredero que, en la oportunidad correspondiente, no recibió su parte en la herencia por hallarse en ese momento en imposibilidad de acreditar su vocación;

Que, por lo dicho, nada significa la circunstancia de que la sucesión del padre se haya abierto y liquidado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45, si sólo se trata de obtener el reconocimiento de una vocación sucesoral que existía en el momento de la defunción del causante.

Tercero.—Por lo expuesto, prospera el cargo de violación de los artículos 1º y 4º de la ley 45 de 1936, por errónea interpretación, y 28 de la misma ley, por indebida aplicación.

Debe la Corte, en consecuencia, casar el fallo y dictar el de instancia que corresponde. A ello se procede.

Sentencia de instancia

Para dictarla se considera:

a) Durante el término probatorio de la primera instancia presentó la parte demandante dos cartas, fechadas el 1º y el 13 de abril de 1920, dirigidas por Francisco Villegas a Matilde Espinosa. La primera dice: "Mi querida hija...", y termina: "Recibe un estrecho abrazo y la vendición (sic) que le envía desde aquí su padre que ver-

daderamente la quiere"; la segunda principia también: "Mi querida hija...", y termina: "Su padre que la quiere". En ambas avisa recibo de cartas de la destinataria referentes al proyecto de matrimonio de ésta, y manifiesta además, en la última, que le ha escrito "al compadre Gregorio nombrándolo de padrino y diciéndole que me reemplace".

b) El apoderado de la parte demandada negó la autenticidad de las cartas en memorial dirigido al Juzgado: éste, en atención a tal escrito, concedió un término adicional de prueba y, después de surtida una larga tramitación, resolvió declarar no probada la tacha de falsedad y condenar al demandado al pago de una multa lo mismo que al de las costas del incidente.

c) El auto del Juzgado fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior. Para obrar así, tuvo esta entidad en consideración: las declaraciones de Gregorio Salcedo y de su esposa Cristina Victoria de Salcedo, según las cuales el primero recibió carta de Francisco Villegas en que le pedía que lo representara en el matrimonio de Matilde, y ésta le comunicó a Cristina Victoria el proyecto de matrimonio, siendo de advertir que Matilde habitaba en esos días en la casa de los esposos Salcedo; la circunstancia de haberse efectuado el matrimonio de Matilde el día 17 de abril de 1920, según copia auténtica de la respectiva partida; y, finalmente, el dictamen uniforme de los peritos en la diligencia de cotejo, dictamen contra el cual se formularon objeciones que Juzgado y Tribunal declararon infundadas.

Concluye el Tribunal: "Enlazadas entre sí las tres probanzas que se dejan analizadas llevan a la conclusión nítida de la legitimidad de las cartas en discusión". Advierte el auto de referencia, acertadamente, que la carga de la prueba de la autenticidad correspondía a la parte actora.

Comparte la Corte la conclusión del Tribunal sobre la autenticidad de las mencionadas cartas, que constituyen, según aparece en las transcripciones ya hechas, una confesión inequívoca de paternidad.

d) El demandante Fernando Espinosa no adujo en el juicio ninguna prueba satisfactoria de los hechos fundamentales de la demanda.

e) Según lo ha expresado ya la Corte, la simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Al legitimario preterido le basta para lograr el reconocimiento de su derecho, presentarse al respectivo juicio de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya está concluído, la correspondiente acción de petición de herencia (G. J., LIV, LXIV).

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, resuelve:

1º—Casar la sentencia acusada;

2º—Revocar la sentencia de primera instancia;

3º—Declarar que Matilde Espinosa es hija natural de Francisco Villegas M., y heredera de éste;

4º—Denegar las demás peticiones de la demanda.

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

Publíquese, notifíquese, cópiese o insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

SE ACLARA EL FALLO PRECEDENTE

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

En el memorial anterior pide el apoderado de la parte opositora que se aclare el fallo de 26 de abril del presente año, en el sentido de que al reconocer a Matilde Espinosa como heredera de Francisco Villegas y no aceptar la reforma del testamento, no le reconoció a ésta derecho alguno sobre bienes singularizados de la sucesión o sobre una cuota de ellos.

A este respecto, la Corte observa:

1º—Declarar a una persona heredera de otra es reconocerle los derechos inherentes a tal calidad; y

2º—La petición de la demanda sobre reforma del testamento se denegó en el fallo en atención a razones que en él aparecen claramente expuestas.

En estos términos queda resuelto dicho memorial.

Notifíquese.

Alberto Zuleta Angel. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. — Luis F. Latorre U. — Ernesto Melendro L., Secretario.

ES INJURIDICO ACUSAR POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY CUANDO LA VIOLACION SE HACE PROVENIR DE ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

1—La violación directa de la ley surge sólo cuando la norma se quebranta derechamente, sin consideración de los elementos probatorios que han servido al juez para formar su juicio. Por eso, no puede hablarse de la dicha violación cuando el cargo se sustenta en supuesto error del Tribunal en la apreciación de una prueba; porque tal cargo induciría a una violación indirecta de la ley a causa de una apreciación errónea de tal prueba, bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho.

2—La errónea interpretación de las pruebas es cosa totalmente distinta de la errónea interpretación de la ley. El error del sentenciador en la tarea probatoria puede llevar a la violación de la ley cuando tal error incide en la sentencia, y entonces ésta puede invalidarse a causa de una infracción indirecta de la norma sustantiva.

3—Cuando en casación se acusa por violación de la ley a consecuencia de errónea apreciación de las pruebas del juicio, el recurrente debe, entre otras cosas, calificar el error incido en la sentencia, y entonces ésta demostrarlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete (27) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte resuelve sobre la demanda de casación formulada por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 22 de abril de 1952, que resolvió en segunda instancia el juicio ordinario reivindicatorio entablado por Luis Arias para la restitución de un fundo rural en poder de Bernardo Fandiño.

I. — ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, Luis Arias promovió contra Bernardo Fandiño, acción reivindicatoria para obtener la restitución de un terreno denominado "Monsalba", ubicado en la vereda de "Mangles" de la jurisdicción municipal de Tibaná, poseído por el demandado.

Por escritura número 277 de 14 de octubre de 1937 de la Notaría de Turmequé, Luis Arias había comprado el predio a Angelina Neira Chacón, quien a su vez lo había adquirido por compra hecha a Bernardo Fandiño, según escritura número 245 de 30 de junio de 1931 de la misma Notaría.

Angelina Neira Chacón había acudido ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí en demanda, contra Bernardo Fandiño para que éste le entregara materialmente el inmueble vendido. El Juzgado así lo ordenó en fallo del 12 de julio de 1933 y la entrega material se cumplió en diligencia del 7 de julio de 1934.

Fandiño se opuso a la acción reivindicatoria incoada por Arias y propuso como excepción perentoria la usucapión extraordinaria respecto del terreno objeto de la litis. También presentó contrademanda para que se hicieran varias declaraciones principales y subsidiarias, y entre éstas la de prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio sobre el mismo fundo.

La controversia fue desatada en sentencia de primera instancia del 5 de noviembre de 1953 que negó la reivindicación y declaró la excepción perentoria de usucapión extraordinaria, desestimando al propio tiempo la demanda de reconvención.

Ambas partes se alzaron del fallo anterior ante el Tribunal Superior, quien lo revocó en sentencia del 22 de abril de 1954, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"*Primero* (1º)—No se encuentra probada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio propuesta y por lo tanto se niega.

"*Segundo* (2º)—Condénase a Bernardo Fandiño, mayor y vecino de Turmequé, a restituir a Luis Arias López, mayor y de igual vecindad, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que dicte el Juzgado de origen de 'Obedézcase y cúmplase el presente fallo', el terreno denominado 'Mon-

salba', ubicado en la vereda de Mangles de la jurisdicción de Tibaná y que tiene los siguientes linderos: 'por el pie, linda con el predio de Virgilio Fandiño, cerca de pinos y alambre, a encontrar el camino que conduce a Umbita; por la derecha, con terreno de Moisés Fandiño, camino y cerca de capino; por la cabecera, con terrenos de herederos de Vicente Páez, cerca de palos y alambre, y por la izquierda, con terrenos de Estanislao Páez, por un vallado y cerca o hilera de matas'.

"*Tercero* (3º) — Condénase al citado Bernardo Fandiño, de las condiciones antes anotadas, como poseedor de mala fe, al pago de los frutos naturales y civiles, a favor del mencionado Luis Arias López, que haya producido la finca materia de la restitución desde el día catorce (14) de octubre de mil novecientos treinta y siete (1937) hasta el día de la entrega de la misma. La liquidación se hará en conformidad con lo establecido por el artículo 553 del C. J.

"*Cuarto* (4º) Absuélvase al demandante principal de los cargos que se le hacen en la demanda de reconvención.

"*Quinto* (5º)—Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda. Por el Juzgado se librará el despacho del caso.

"*Sexto* (6º)—Sin costas, ni en la primera, ni en esta segunda instancia".

La parte vencida interpuso el recurso de casación y después de los trámites legales el negocio se halla preparado para que la Corte pronuncie su decisión.

II. — DEMANDA DE CASACION

La demanda reza:

"Como causales de casación invoco las contenidas en el artículo 520 del Código Judicial y que consisten en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

"Es decir —continúa el recurrente— que mi acusación forma tres capítulos que se desarrollarán al curso de esta demanda".

De éste parece deducirse que el recurrente, con invocación de la causal primera del artículo 520 del C. J., enjuicia la sentencia como violatoria de la ley sustantiva por tres aspectos distintos, a saber: por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, o sea, los contemplados en el inc. 1º del ord. 1º de aquel artículo.

Y aunque en el libelo se anuncian tres capítulos de cargos, correspondientes a tales acusaciones, el recurrente presenta cinco capítulos de cargos que por otra parte no corresponden a la especie de la causal anunciada, como se demostrará adelante.

Los llamados cargos, siguiendo el orden y términos de la demanda y resumiendo sus fundamentos, son los siguientes:

Primer cargo.—Infracción directa de los artículos 946 del Código Civil y 730 del Código Judicial, a causa de que el Tribunal dio por demostrada la identidad del inmueble que se reivindica con el fundo poseído por el reo, sin existir prueba plena de tal requisito esencial de la acción incoada.

Segundo cargo.—Aplicación indebida de los mismos artículos citados, por iguales razones, o sea, porque el tribunal "no encontró ni podía encontrar siquiera medianamente probado el tercer elemento de la identidad del inmueble";

"*Tercer cargo.* — "Interpretación errónea de las pruebas que el actor llevó para justificar sus cargos, interpretación acomodaticia, toda vez que no se ajustó a los mandatos legales que en semejantes circunstancias deben aplicarse". Se refiere a la misma falta de prueba de la identificación del terreno reivindicado;

"*Cuarto cargo.*—"Cerrados los tres cargos anteriores —dice el texto del libelo— y que considero que están ajustados a la realidad y eficiencia que debe obrar en estos casos, he creído conveniente presentar a la honorable Corte un nuevo cargo, que precisamente presento sumando los tres anteriores, para que su resultado pueda servir en alguna forma.

"Que estos tres cargos sumados —añade—, arrojan un total homogéneo se establece en la forma siguiente:

"El primer cargo contempla el quebrantamiento directo de la ley sustantiva que obra en el juicio. Quiere decir esto que se acusa la sentencia porque quienes la dictaron no hicieron aplicación de los mandatos legales que deben serlo, sino que los hicieron a un lado para que obrara solamente su criterio; de ahí el resultado a que se llegó declarando probada la identidad del inmueble cuando no lo estaba, lo que he dejado plenamente demostrado en el presente estudio.

"2º—Este cargo se puede decir que es más leve que el anterior, toda vez que en él se contempla la aplicación indebida de los mandatos legales que debieron actuar en el juicio, ya en favor, ya en contra de quien se han aplicado. *Aplicación indebida*, se entiende, como su nombre lo indica, el hecho mismo de que al pleito se le haya fallado, basándose en disposiciones que nada tienen que ver con él, y que se encuentran en el juicio con un vacío que lleva, necesariamente a dejar de aplicarlas, porque el juzgador no encuentra razón ninguna que lo lleve a semejante conclusión.

"3º—El tercer cargo, o sea el de la interpretación errónea también envuelve mayor lenidad que el anterior, porque tiende a dejar establecido que el juzgador en lugar de tomar los mandatos legales en una forma completamente ajustada al caso, lo hizo en manera errónea, es decir que en virtud de una interpretación asentada sobre un error, llegó a conclusiones desprovistas de todo fundamento legal y jurídico, porque los que se le dieron no tenían tales caracteres.

"De modo que comparando estos tres cargos se llega a la conclusión de que bien pudieron componer uno solo, que por sí mismo constituye fuerza probatoria, y tiene que producir resultado positivo, que consiste en dejar la sentencia que se acusa afectada de verdadero error, que lleva necesariamente a concluir que debe casarse, y dictarse el fallo que corresponde".

Quinto cargo.—Agravio protuberante inferido al demandado recurrente por razón del fallo acusado, cargo sustentado así:

"Antes de la vigencia del Código Judicial que rige en la actualidad, el Código correspondiente en el artículo 149 de la ley 40 de 1907 estableció que el recurso de casación tenía dos objetos principales:

"1º—Uniformar la jurisprudencia en los Tribunales que administran justicia en la República; y

"2º—Enmendar los agravios inferidos a las partes.

"Aunque el actual mandato judicial no establece los mismos principios, su objeto no puede ser distinto, porque precisamente la constitución nacional ha puesto en manos de la Suprema Corte de Justicia su guarda, y de ahí se desprenden todos los principios que deben regir en el país.

"Por lo tanto el objeto de la Suprema Corte de Justicia no ha disminuido, sino que en todo caso es el mismo: Uniformar la jurisprudencia en los Tribunales de la República, y enmendar los agravios inferidos a las partes.

"Tengo para mí que este último punto es esencial, toda vez que quien ocurra a la Justicia, lo hace en demanda de que sus derechos no sean postergados, y que ese alto Tribunal logre enderezar los entuertos que se hayan hecho por el Tribunal sentenciador.

"De ahí que la demanda de casación contenga requisitos que no hacen parte de una demanda ordinaria, sino que tienen por objeto presentarle a la Suprema Corte los asuntos con toda claridad y distinción para que ella pueda analizarlos, estudiarlos y resolverlos con el elevadísimo criterio que la misma Constitución ha puesto en sus manos para el efecto.

"Creo que la presente demanda se ha arreglado a aquellos mandatos y por esta razón confío fundadamente en que será resuelta en la forma que solicito, con el fin de enmendar el agravio protuberante que se ha inferido a mi mandante por el honorable Tribunal de Tunja".

III.—EXAMEN Y CRITICA DE LA DEMANDA

La demanda de casación adolece de graves y notorios defectos que sólo se explican por la falta de conocimiento de la técnica propia de este recurso extraordinario.

Esta Sala ha venido señalando en sus fallos, las frecuentes deficiencias que se observan en las demandas de casación, algunas de las cuales justifican su rechazo de plano.

En el empleo de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial es en donde más a menudo se registran equivocaciones por parte de los recurrentes.

En recientes ocasiones esta Sala ha señalado las distintas formas que puede asumir la violación de la ley sustantiva y las exigencias que debe cumplir la demanda de casación al respecto.

En fallo de casación del 15 de septiembre de 1954, la Corte dijo:

"Se ha repetido hasta la saciedad que la causal primera del citado artículo, consiste en la *violación de la ley sustantiva*, la cual puede asumir dos formas: la de infracción directa o la de infracción indirecta, sobre las cuales se detiene al Sala, desde un punto de vista doctrinario, antes de estudiar la acusación.

"Infracción indirecta—Sea del caso comenzar por la segunda forma para marcar mejor las diferencias después con la primera. La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio: fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley.

"Así, pues, sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materia del litigio, están o no probados, es cuando puede nacer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación. Estas equivocaciones pueden ser de dos clases:

"a) Puramente de *hecho*, o sea cuando se dé por acreditado un hecho no existiendo la prueba, o se niega que esté acreditado, existiendo la prueba: es

el error llamado de *hecho*, el que por su naturaleza exige que en autos aparezca de modo manifiesto, sin lugar a la más leve y remota duda, es decir, que el medio probatorio omitido por el Tribunal demuestre incontrovertiblemente el hecho contrario afirmado o negado en la sentencia.

"b) De orden *jurídico*, o sea cuando a la prueba que existe, se le otorga un valor que le niega la ley, o se le niega el valor que le asigna la ley: es el llamado error *de derecho* en la apreciación de las pruebas, que implica siempre violación de disposiciones legales sobre pruebas, fuéra de las sustantivas tocantes al fondo del negocio.

"Con ambas clase de errores, para su procedencia en casación, debe violarse la ley sustantiva sobre la noción incoada, pero no directamente sino como consecuencia de ellos, porque los errores son apenas el vehículo que lleva a la infracción. Tales errores engendran el quebranto de la ley, y no se podrá hablar de violación indirecta sin la base previa de los errores cometidos en el estudio de las pruebas. Por tanto, si el error no aparece, cuando se trata de buscar la prueba de un hecho, no podrá hablarse de violación indirecta de la ley.

"A esta forma se refiere el ordinal 1º del artículo 520: 'Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos'.

"*Infracción directa.*—La infracción directa hiere la ley derechamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el 'error de hecho', ni el 'error de derecho', expresiones éstas que, por lo demás, deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar.

"Como se trata de agravio inferido a la ley por fuéra de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están pzobados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos. Entonces puede violarla:

"A) *Por interpretación errónea*, cuando no es clara: mas, los textos, si acaso fueron claros al nacer, el tiempo, las transformaciones de las costumbres y la vida, los cambios sociales y el avance de la jurisprudencia suelen enturbiarlos o hacerlos confusos o deficientes. Un notable tratadista de vasto influjo en las novísimas corrientes del derecho, dijo que encargar a los jueces de aplicar la ley es tanto como mandarlos a interpretarla. Esta función es una de las más propicias a la disciplina mental de los jueces, al ejercicio sin límites de la investigación científica y al progreso de la doctrina.

"B) *Por aplicación indebida*, es decir, resolviendo con ella un caso no comprendido en ella; el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis, que le es extraña.

"C) *Por falta de aplicación*, debiendo aplicarla, porque para esto fue dictada, porque el caso está contenido en ella. Es la más categórica violación de la ley, llamada por ello, específicamente, infracción *directa*. Es el caso contrario al anterior, porque en vez de invocar el texto para aplicarlo en donde no cabe, lo repele para no aplicarlo en donde sí cabe.

"Se infiere de lo dicho que en tratándose de la primera causal de casación, no basta afirmar que se han violado unos textos legales: es menester decir si en forma directa, si en forma indirecta; y en el primer caso agregar si por interpretación errónea, indebida aplicación o falta de aplicación; y en el segundo, si el error es de hecho o de derecho, con señalamiento exacto de las pruebas no estimadas o mal estimadas, y en todos los casos con indicación de las disposiciones legales infringidas y las razones de la infracción de cada una. De otro modo, el opositor no podrá orientar con fijeza y exactitud la defensa del fallo, y en las mismas circunstancias, de imprecisión, cuando no de confusión, se hallará el juez en casación para hacer el estudio de los cargos y para decidir sobre ellos". (G. J. Tomo LXXVIII, págs. 604 y 605).

De los cinco cargos presentados por el recurrente, el quinto no merece siquiera el nombre de tal. En su enunciación se exponen simplemente algunas consideraciones tendientes a explicar cómo además del fin primordial de la casación sobre uniformidad de la jurisprudencia, subsiste hoy el fin secundario de reparar los agravios inferidos a las partes por la errónea aplicación de la ley. Allí no se acusa la sentencia recurrida por ningún aspecto, ni se mencionan normas quebrantadas, ni se demuestra infracción de la ley.

Los cuatro cargos restante impugnan la decisión del sentenciador al decretar la reivindicación impetrada, por haber aceptado como prueba de la identificación del inmueble una inspección ocular, practicada con peritos durante la primera instancia, la

cual, en sentir del recurrente, carece de aptitud para acreditar ese requisito esencial de la acción incoada.

Bien se comprende que tales cargos se refieren a supuestos errores del Tribunal en la apreciación de las pruebas atinentes a la identidad del fundo reivindicado. Ninguno de ellos podría inducir a una violación directa de la ley sustantiva, que, como se deja dicho, sólo surge cuando la norma se quebranta derechamente, sin consideración de los elementos probatorios que han servido al juez para formar su juicio. Los cargos formulados, que tienen idéntica sustentación en el supuesto error del Tribunal respecto de la prueba de la identificación, inducirían a una violación indirecta de la ley a causa de una apreciación errónea de tal prueba, bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y específicamente habla de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, o sea, de las tres formas genéricas de la violación directa comprendidas en el inciso 1º del ordinal 1º de dicho artículo.

Al sustentar el cargo tercero habla el recurrente de *errónea interpretación de las pruebas*, como fenómeno equivalente a errónea interpretación de la ley, cosa totalmente distinta. El error del sentenciador en la tarea probatoria, según se deja expuesto anteriormente, puede llevar a la violación de la ley cuando tal error incide en la sentencia, y entonces ésta puede invalidarse a causa de una infracción indirecta de la norma sustantiva.

Si la Sala procediera con extrema amplitud, sin aplicar el rigor de la técnica del recurso, podría examinar las acusaciones, como violación indirecta de la ley sustantiva a causa de errónea apreciación de las pruebas de la identificación. Pero aún en ese caso, tampoco la demanda tendría viabilidad, por cuanto en el libelo la censura del recurrente no califica el error, si de hecho o de derecho, ni intenta tampoco demostrarlo prósperamente.

El recurrente critica la apreciación del Tribunal respecto de la diligencia de inspección ocular que presenta algunos vacíos en lo tocante a uno de los linderos del fundo reivindicado. Nada más.

Pero aún entrando en el examen del cargo por error de hecho o por error de derecho, tampoco prosperaría, pues no aparece la evidencia de tal error, ni aparecen quebrantadas las normas legales que señalan la admisión y valor de la prueba.

Lo dicho es suficiente para rechazar las acusaciones.

IV. — RESOLUCION

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 Tunja, de fecha 22 de abril de 1954, que ha sido materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Prada Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO EXISTE EN LA LEGISLACION COLOMBIANA UNA POSESION QUE CONSISTA EN LA INSCRIPCION DE LOS TITULOS DE LOS DERECHOS REALES INMUEBLES EN EL REGISTRO PUBLICO, PORQUE LA INSCRIPCION DE LOS TITULOS CARECE DE CONTENIDO Y ALCANCE POSESORIOS

1.—A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la PERSECUCION es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción: no se podría dar el efecto sin la causa.

B) La persecución, y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones opuestas e inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo.

C) La SINGULARIDAD de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra directamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen.

D) La IDENTIDAD entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder.

2.—El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es POSEEDOR de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por tanto, que aparezca inequívocamente de la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal y menos aún de elemento esencial de la acción, la circunstancia de que no afirme expresamente el demandante que el demandado POSEE la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el reo el poseedor; no puede concebirse la acción de dominio, sin ese cargo; y por lo mismo, no puede alegar razonablemente el demandado que en el libelo no se le señaló en forma explícita como poseedor, porque hasta que se le señale como sujeto pasivo de una relación procesal que necesaria y esencialmente proyecta sobre el reo ese carácter.

3.—Debido a la presencia implícita de tal afirmación, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella y el punto se tiene por establecido a través de la litis. El artículo 214 del C. J. le impone al demandado que no es el poseedor, el deber de expresarlo así, a fin de evitar una sentencia que mañana no podría oponerse al verdadero poseedor. Si guarda silencio es porque consciente en ello, de modo que si el actor prueba su derecho, aquél será responsable de la cosa o de su valor. El artículo 215 ib. dispone que al expresar el reo que NO ES EL POSEEDOR, se sustancie esta declaración como excepción dilatoria: si prospera, queda libre de la demanda, a menos

que sea el ladrón o estafador de la cosa, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil su persecución; si no prospera, es obvio que haya de tenérsele como poseedor.

4.—La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega la expresada calidad, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto. Ha dicho igualmente que cuando el reo no da respuesta a la demanda en la cual se le señala como poseedor, acepta implícitamente este carácter, con las consecuencias determinadas en el artículo 215 citado (casación de 25 de febrero de 1949. LXV. 340).

5.—Y ha dicho también que es indispensable calificar expresamente al reo, de poseedor, pues de lo contrario falta uno de los requisitos de la acción (casación de 31 de agosto de 1932. XL. 473). La Corte rectifica esta doctrina y amplía las consagradas en los fallos citados antes, en el sentido de que basta que se ejerza la acción reivindicatoria para que se afirme implícita y necesariamente que el demandado es POSEEDOR, y para que al reo, si no niega que es el poseedor, se le tenga como tal, sin más prueba. Se caería en un sistema de fórmulas sacramentales, por demás extraño en esta hora, si fuese menester calificar de "poseedor" al sujeto pasivo de tal acción, cuando la ausencia de ella lo predica, según la definición del art. 946 del C. C.

6.—Cuando se demanda en reivindicación a varios poseedores de un inmueble, sin determinar si lo poseen en porciones separadas o todos conjuntamente, se ha de entender que lo poseen en común.

7.—No existe una posesión inscrita en el derecho colombiano. Estas son las conclusiones de la Corte al respecto:

1ª—La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de julio de 1937 (LXV 328) completándola en el sentido de que entre la posesión material y la llamada inscrita, no hay conflicto doctrinario, en razón de la prevalencia de la primera, trátese de fundos rurales o de inmuebles urbanos.

2ª—Por tanto, sobre las disposiciones analizadas del C. C. tendientes a atribuir al registro de los títulos de la propiedad más, una función posesoria, prevalecen los textos relativos a la posesión que el C. C. no califica, o sea la material, la única verdadera posesión.

3ª—No existe, por lo mismo, en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque, como lo ha consagrado la jurisprudencia nacional, que este fallo acoge y compendia, la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios.

4ª—La inscripción de los títulos en el Registro Público cumple los objetivos de transferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones del dominio y probar la titularidad de los mismos derechos, aparte de la seguridad que se desprende de la circunstancia de que del mismo instrumento quede testimonio auténtico en dos oficinas públicas diferentes.

Esta última conclusión está de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte, según la cual, en caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del C. C., se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario.

8.—Si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no hay nada que objetar en materia de identidad del bien, como elemento de la reivindicación.

9.—Es confesión judicial la que hace una de las partes al dirigirse personalmente, por escrito, al Juez de la causa, aunquando no pueda representar por sí mismo, por no ser abogado; así como lo que hace oralmente en una diligencia de secuestro o inspección ocular.

10.—Sobre el inmueble social, antes de liquidarse la sociedad conyugal y la sucesión del marido, no tiene la viuda sino el derecho que le confiere el antecedente de haber sido miembro de la sociedad formada por su marido, esto es, un derecho de cuota en la universalidad conyugal, y eventualmente en la universalidad hereditaria, con el carácter de heredera de su esposo o con de-

recho a porción conyugal, simplemente, siendo abstractos estos derechos, cuya existencia y monto sólo se concreta y precisa al liquidarse la sociedad y la sucesión.

Por tanto, no puede la viuda enajenar el fundo como cuerpo cierto, como si la etapa de la liquidación y adjudicación se hubiese agotado y en ella se le hubiera atribuido la propiedad del bien. Vendido en tal forma, el acto queda sometido a las reglas de la venta de cosa ajena, según los artículos 979 y 1401 del C. C., y como de acuerdo con el artículo 1871, una venta de esa especie, vale, sin perjuicio del derecho del verdadero dueño (aquí sociedad conyugal y sucesión), la demandante, en su calidad de hija legítima del referido matrimonio, reivindica para la sociedad y la mortuoria ilíquidas. La titularidad del derecho corresponde a éstas, por haber sido adquirido por la mujer durante el matrimonio, a título oneroso. La sociedad de la Ley 28 de 1932 se nutre de las mismas fuentes que alimentaban la sociedad conyugal del C. C. Disuelta la sociedad por el fallecimiento del marido y abierta la sucesión del mismo, el bien pertenece a los dos entes universales, de modo que al demandar obra la actora en ejercicio del derecho de cuota que tiene, esto es, su posición está legitimada en la causa, y al demandar para la sociedad y la sucesión ilíquidas, reconoce que la titularidad del dominio existe en éstas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B.)—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación incoado contra la sentencia de 2 de marzo de 1953, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en juicio ordinario de Domitila Ulloa de Matiz contra Pablo Emilio López y otros.

CAPITULO PRIMERO

1.—Los antecedentes:

1.—Berenice Ulloa de Ulloa, casada con Carlos Ulloa Jiménez, compró al Banco Agrícola Hipotecario, establecimiento a la sazón existente en Bogotá, y según la escritura pública Nº 129 de 31 de marzo de 1938, de la Notaría de La Vega, una finca rural, de nombre "Costa Rica", ubicada en el Municipio de La Vega, y alinderada como dice la cláusula segunda de dicho instrumento.

2.—El 3 de marzo del año siguiente murió Carlos Ulloa Jiménez, esposo de la compradora.

3.—Con fecha 26 de noviembre de 1944, mediante la escritura pública Nº 955 de la Notaría de La Vega, la viuda Berenice Ulloa de Ulloa vendió el mismo inmueble a Bernardo Rico; éste lo vendió a Ignacio González, según instrumento Nº 230, de 2 de abril de 1946, de la citada Notaría; González lo vendió a Pablo Emilio López, por escritura Nº 375, de 1º de junio de 1947, pasada en la misma Notaría; López lo vendió a Serafín Aldana el 6 de febrero de 1950, por medio de instrumento Nº 137 de Circuito Notarial de Facatativá; Pablo Emilio López y Sofía Leyva de López lo rematarón en el Juzgado Segundo del mismo Circuito el 28 de febrero de 1951, en juicio seguido por aquéllos contra Serafín Aldana, su deudor hipotecario.

4.—Cuando Berenice Ulloa v. de Ulloa hizo la venta contenida en la escritura Nº 955 de 26 de noviembre de 1944, no se habían liquidado la sucesión de su esposo Carlos Ulloa Jiménez ni la sociedad conyugal formada por ambos con motivo de su matrimonio.

5.—Por medio de libelo de 28 de febrero de 1951, Domitila Ulloa de Matiz, en su carácter de hija legítima del expresado matrimonio, demandó en juicio de reivindicación de la finca de que se trata, a Serafín Aldana, Pablo Emilio López y Sofía Leyva de López.

6.—El pleito fue denunciado a los antecesores; Serafín Aldana aceptó los cargos y las peticiones de la demanda; los demás demandados negaron aquéllos y se opusieron a éstas.

7.—La sentencia de primera instancia —dictada por el Juez 2º Civil del Circuito de Facatativá— absolvió a la parte demandada, ordenó la cancelación del registro de la demanda, y condenó en costas a la actora, y apelada que fue ésta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó el 2 de marzo de 1953, y condenó, además, a la demandante al pago de las costas.

8.—De esta sentencia recurrió en casación la misma parte; el recurso fue admitido; ambos litigantes actuaron en su oportunidad, y a decidir sobre él procede la Corte.

III.—Los cargos formulados.

Dos cargos enuncia el recurrente, fundados en la causal primera, a juzgar por su formulación y desarrollo, porque, contra lo dispuesto en el artículo 531 del C. J., omitió invocarla explícitamente.

La acusación se endereza contra los dos soportes del fallo: 1) la inexistencia de la posesión de los demandados; y 2) la falta de identidad entre el inmueble de la titulación de la actora y el inmueble que se reivindica.

CAPITULO SEGUNDO

Cargo sobre el elemento de la posesión

1.—Consiste en la violación —por falta de aplicación— de los artículos 214 del C. J. 946, 947, inciso 1º y 950 del C. C., debido a que no habiendo hecho los demandados reserva de no ser los poseedores del inmueble, la sentencia debió considerarlos como poseedores en común del mismo. Y subsidiariamente, en error de hecho por no haber apreciado el acta de la inspección ocular verificada y las manifestaciones hechas en la diligencia por el demandado Pablo Emilio López y el apoderado del mismo y de la señora Leyva de López, con la infracción de los citados preceptos del C. C.

2.—Dice la sentencia:

"Y en cuanto a la posesión material del inmueble que se identificó en esta diligencia aparece la siguiente constancia en el acta respectiva, "..... El señor Magistrado pregunta al señor General Pablo Emilio López quien fue encontrado por el personal de la diligencia, dentro del lote ya determinado y a su apoderado, el doctor Jorge A. Velásquez, si el globo de terreno comprendido dentro de los linderos que acaba de identificar el personal de la diligencia, se halla actualmente ocupado por él, con ánimo de señor y dueño, y manifestaron: La parte cultivada con café la posee mi poderdante, la señora Sofía Leyva de López y el resto, o sea lo cultivado con caña de azúcar y la caseta y enramada de trapiche con su plantanera, la posee el General Pablo Emilio López".

"La anterior afirmación que bien puede considerarse como una confesión de dos de los demandados, Pablo Emilio López y Sofía Leyva de López, por conducto de su apoderado, establece que estos dos demandados tienen en su poder la finca que se determinó en la demanda y denominada "Costa Rica" y ejercen allí actos de posesión, pero como la tal confesión debe tomarse en toda su integridad y tal cual se hizo, con ella, sólo se establece el hecho de que la parte de la finca ocupada por plantaciones de caña molar y trapiche está poseída por el demandado Pablo E. López, y la parte cultivada por café está poseída por la otra demandada Sofía Leyva de López. Mas como, en la demanda no se determinó, como atrás se anotó, el hecho relativo a la posesión ejercida por los demandados, el fallador no puede apreciar cuál fue la mente del actor al formular su demanda sobre este punto, o sea si la finca se reivindica de los demandados considerándolos como poseedores del inmueble en común y proindiviso o si se trata de reivindicar de todos ellos considerando a cada uno como poseedor material de una parte determinada de la dicha finca, y en este caso no prosperaría la demanda sencillamente por razón de no haberse determinado en forma precisa y con indicaciones de terreno el globo de terreno poseído por cada uno de los demandados, pues sin esta determinación la acción no versaría sobre cuerpo cierto y determinado, requisito indispensable para su prosperidad".

3.—Afirma el recurrente para fundar dicho cargo;

"En primer término, los demandados no han negado que sean los poseedores de la cosa, y Serafín Aldana al aceptar la demanda, como ya se vió, aceptó su obligación de restituir dicho inmueble a la parte demandante, de manera que si asumió tal obligación era porque poseía la cosa materia del litigio el día en que efectuó la contestación de la demanda, o sea, el 6 de marzo de 1951.

"Pablo Emilio López y su señora, desde el momento en que denunciaron el pleito, en la forma ya vista, y luego lo afrontaron oponiéndose, sin proponer la excepción de que no poseían la cosa que era objeto del litigio, descartaron este extremo como motivo de discusión, por lo cual mal puede el fallo partir del supuesto de que no son los poseedores actuales de la finca.

"El artículo 214 del C. J. expresa que cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación; pues de lo contrario al probar el actor su propiedad se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor".

"Es indudable que si la demanda pide que se condene a los demandados, es decir, a Pablo Emilio López, Sofía Leiva de López y Serafín Aldana a restituir el inmueble de "Costa Rica", con sus frutos civiles y naturales a la sucesión ilíquida de Carlos Ulloa Jiménez y a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre éste y la señora Berenice Ulloa Matiz, fue porque consideró que ellos eran los poseedores materiales, pues de lo contrario no hubiera solicitado dicha restitución frente a ellos, porque no puede obligarse a nadie que no posea una cosa a entregarla al demandante.

"Ya vimos que Serafina Aldana aceptó la demanda; y que los López lejos de manifestar que no eran poseedores, guardaron silencio al respecto en la contestación de la misma, lo cual explicaba, necesariamente, la aplicación del artículo 214 del C. J. que quiere decir que si el demandado no formula reserva sobre la posesión material del bien reivindicado en la contestación de la demanda, dicho extremo no es materia del debate, pues se entiende aceptado por él, lo que determina que deba restituir el inmueble si el actor, como en el caso presente, demostró la propiedad del mismo.

"Y como el art. 214 del C. J. tiene carácter sustantivo, pues como lo ha dicho la Corte, "implica una garantía para las partes" (G. J. Tomo LXV, página 340), es claro que al no ser aplicado por el Tribunal, fue violado por el mismo, lo que también lo condujo a violar por falta de aplicación, los artículos 946, 947 inciso primero y 950 del C. C. que establecen la acción reivindicatoria a favor del dueño, frente al poseedor de la cosa reivindicada raíz o mueble, siendo precisamente dicho poseedor quien debe responder de la cosa objeto de la litis.

"Sobra decir, para concretar aún más el cargo, que no discriminando la demanda la forma como cada uno de los demandados posee el inmueble, es claro que al no haber ellos opuesto la excepción de no ser poseedores de la finca "Costa Rica" ese extremo quedó planteado y debía decidirse tal cual figura en el libelo, es decir, en el sentido de que todos los demandados poseen la cosa total materia de la reivindicación.

"En tales circunstancias mal podía el Tribunal negar la acción reivindicatoria con fundamento en que no determinó la demanda si la finca era poseída en común y proindiviso por todos los demandados o si era poseída por cada uno de ellos en porciones o lotes separados".

4.—De acuerdo con el fallo, no está probada la posesión, porque en la demanda no se determinó el hecho relativo a la posesión ejercida por los demandados" y no se sabe "si la finca se reivindica de los demandados considerándolos como poseedores del inmueble en común y proindiviso o si se trata de reivindicar de todos ellos considerando a cada uno como poseedor material de una parte determinada de la dicha finca....."

Y según el cargo, la sentencia infringe aquellos textos —por falta de aplicación— porque no habiendo negado los demandados el hecho de la posesión, debió tenérseles como poseedores de conformidad con el artículo 214 del C. J., y no habiendo discriminado la demanda la forma como cada uno de los reos poseía el inmueble, debió tenérseles a todos como poseedores en común.

Se considera:

I.—En cuanto no fue negada la posesión

6.—A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la **persecución** es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción: no se podría dar el efecto sin la causa.

B) La persecución, y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones extremas e inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo.

C) La **singularidad** de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar, de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así, la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y la recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra di-

rectamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen.

D) La identidad entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder.

7.—El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es poseedor de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por tanto, que aparezca inequívocamente de la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal y menos aún de elemento esencial de la acción, la circunstancia de que no afirme expresamente el demandante que el demandado posee la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el reo el poseedor; no puede concebirse la acción de dominio, sin ese cargo; y por lo mismo, no puede alegar razonablemente el demandado que en el libelo no se le señaló en forma explícita como poseedor, porque basta que se le señale como sujeto pasivo de una relación procesal que necesaria y esencialmente proyecta sobre el reo ese carácter.

8.—Debido a la presencia implícita de tal afirmación, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella, y el punto se tiene por establecido a través de la litis. El art. 214 del C. J. le impone al demandado que no es el poseedor, el deber de expresarlo así, a fin de evitar una sentencia que mañana no podría oponerse al verdadero poseedor. Si guarda silencio es porque consiente en ello, de modo que si el actor prueba su derecho, aquél será responsable de la cosa o de su valor. "Si al contestar la demanda —ha dicho la Corte— no hizo el demandado la reserva de que no era poseedor, y en ese carácter se trabó la litis, debe responder de la cosa o su precio, como imperativamente lo ordena el artículo 214 del C. J." (XLI bis. 199).

El artículo 215 ib. dispone que al expresar el reo que no es el poseedor, se sustancie esta declaración como excepción dilatoria: si prospera, queda libre de la demanda, a menos que sea el ladrón o estafador de la cosa, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil su persecución; si no prospera, es obvio que haya de tenérsele como poseedor.

9.—La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega la expresada calidad, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto. (V. Casaciones de 19 de noviembre de 1934. XLI-Bis. 198; 15 de febrero de 1946. LX. 22; y 25 de febrero de 1949. LXV. 340). De estas sentencias dice la de 25 de febrero de 1949:

"Los artículos 214 y 215 del C. J. persiguen la finalidad, como lo ha dicho esta Sala, de que "antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor "queda exento de la demanda"; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor".

La doctrina expresada se refiere principalmente a los casos en que formulado de manera explícita el hecho de ser el reo el poseedor, éste lo acepta al contestar la demanda, o guarda silencio.

10.—Ha dicho igualmente la Corte que cuando el reo no da respuesta a la demanda en la cual se le señala como poseedor, acepta implícitamente este carácter, con las consecuencias determinadas en el artículo 215 citado (casación de 25 de febrero de 1949. LXV. 340).

11.—Y ha dicho también que es indispensable calificar expresamente al reo, de poseedor, pues de lo contrario falta uno de los requisitos de la acción (casación de 31 de agosto de 1932. XL. 473). La Corte rectifica esta doctrina y amplía las consagradas en los fallos citados antes, en el sentido de que basta que se ejerza la acción reivindicatoria para que se afirme implícita y necesariamente que el demandado es poseedor, y para que al reo, si no niega que es el poseedor, se le tenga como tal, sin más prueba. Se caería en un sistema de fórmulas sacramentales por demás extraño en esta hora, si fuese menester calificar de 'poseedor' al sujeto pasivo de tal ac-

ción, cuando la esencia de ella lo predica, según la definición del artículo 946 del C. C.

12.—No afirmó la actora de modo expreso que los demandados fuesen los poseedores. Le bastaba incoar la acción reivindicatoria, para que quedasen calificados de poseedores, de suerte que al no negarlo, aceptaron tácitamente tal calificación, del mismo modo que la habrían aceptado si no hubiesen dado contestación a la demanda. Que la acción ejercida es la reivindicatoria lo acepta el fallo.

Al folio 32 del Cuaderno 1º corre la contestación de Serafín Aldana, fechada el 6 de marzo de 1951. Es verdad que ya el inmueble había sido rematado por los otros demandados —23 de febrero de 1951—pero debió hallarse poseyéndolo aún materialmente, puesto que ninguna reserva hizo al respecto. Y al folio 65 ib. figura la respuesta de Pablo Emilio López y Sofía Leyva de López, fechada el 6 de noviembre del mismo año, ya registrada el acta de remate (11 de abril de 1951), quienes, sin duda por estar ya poseyendo físicamente el fundo y tener a su favor la inscripción del título tampoco hicieron reserva alguna. Luego quedó rigiendo la litis la expresada calidad.

III.—En cuanto no se especificó si posesión exclusiva o común.

13.—Y al quedar implícito tal elemento se trataba de una posesión en común de los demandados, porque no hay razón para considerarla exclusiva de ninguno sobre el predio ni sobre porciones ciertas y determinadas del mismo. Los demandados López y Leyva de López remataron el inmueble y en su condición de copropietarios ejercían una posesión en común, ya que la especificación hecha por el primero en la diligencia de inspección ocular carece de valor. Y si el reo Aldana aceptó la demanda, sin excluir la petición de restitución del inmueble, debe soportar los efectos de tal aceptación irrestricta.

14.—El sentenciador considera que no existe en este caso dicho elemento de la acción reivindicatoria, y por ello la niega, con la infracción, por no haberlos aplicado, de los artículos 946, inciso 1º y 950 del C. C. y 214 del C. J.

En el Capítulo Cuarto se estudiará el cargo referente a la identidad del predio; si procede, habrá de infirmarse la sentencia, la cual reposa en la falta de los expresados elementos de la reivindicación.

15.—Dado el estado actual de la jurisprudencia nacional sobre "la posesión inscrita" y con motivo de que tanto en la sentencia como en la demanda inicial se habla de una posesión de esta clase, fundado en las inscripciones de la titulación aducida por la parte actora, lo que da a entender que para el Tribunal, como para el apoderado del demandante, subsiste en la legislación una posesión así llamada, la Corte aprovecha la oportunidad para referirse a esta materia, comprendiendo sus antecedentes, un análisis de las disposiciones legales relativas a ella y al proceso de la doctrina durante la vigencia del C. C. y adoptar las conclusiones correspondientes.

CAPITULO TERCERO

En el Derecho Colombiano no existe una posesión inscrita.

PRIMERA PARTE

Antecedentes sobre la posesión inscrita

II

El artículo 762 del C. C. define la posesión material porque dice que **"posesión es la tenencia de una cosa"**. No la califica y no era menester calificarla porque en esa forma sólo podía referirse a la **material**, que es la de la historia la primera experiencia patrimonial humana, el primer ensayo de libertad sobre las cosas y el perpetuo señorío del hombre sobre ellas, en todos los tiempos y lugares. De la misma suerte numerosos textos del citado Código hablan de ella sin calificarla; el artículo 764, al dividirla en regular e irregular y definir la primera; los artículos 770 a 774, al definir la última y las posesiones viciosas; el 777, al admitir la conversión de la mera tenencia en posesión, y el 778, la adición de posesiones; el 779, al estatuir la ficción de posesión exclusiva durante la época de la indivisión; el 780, al establecer varias presunciones de posesión; el 782, sobre tema de posesión directa o por intermediario; los artículos 784, 786, 787 y 788, relacionados con las formas de adquirir y perder la posesión; el 952, al señalar al "actual poseedor" como extremo pasivo de la acción reivindicatoria, y todas las disposiciones que componen el título de las Acciones Posesorias ninguna calificación le dan, salvo el artículo 980, que habla de la "inscrita". Posesión, sin calificar, sustenta la vasta y fecunda presunción de dominio del artículo 762, la usucapión ordinaria del artículo 2526 y la extraordinaria del artículo 2531, y con la calidad de económica funda la ocupación como modo de

adquirir la propiedad de la tierra baldía, según el artículo 1º de la ley 200 de 1936, la reversión del dominio consagrada en el artículo 6º y la prescripción especial agraria del artículo 12 del mismo cuerpo legal. El C. C. no califica en parte alguna la "posesión" sino cuando trata de la 'inscrita', porque el alcance histórico, humano, social e ideológico de la palabra le dá a ésta su contenido esencial de hecho o fenómeno objetivo y corpóreo. Así lo entendió el insigne autor de los "proyectos", sin excluir el último, en el cual se habría explicado tal vez la calificación de "material" al hacer figurar en él el foráneo estatuto de la posesión inscrita.

III

La llamada posesión inscrita no es posesión. Un uso indiscriminado de la palabra "posesión" vino a colocar aquélla al lado de la material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Lo mismo sucedió en España, según Jerónimo González y Martínez ("Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil" 1948. T. 2º p. 65), con motivo de la ley hipotecaria de 1861, la que, siguiendo el modelo del Código Civil austriaco, introdujo una posesión tabular o inscrita, incompatible con la material, la cual quedó eliminada. Nada más erróneo que hacer de la llamada "inscrita" una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro; porque es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella y no las inscripciones en los libros del Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas.

III

La posesión inscrita no es nada de esto, ni logra nada de esto. Se trata de la inscripción en el Registro Público, de los instrumentos en que consta la adquisición de los derechos reales inmuebles. Pero, la anotación en un libro carece en sí, intrínsecamente, de los elementos propios de la posesión, porque no es acto material y menos aún conjunto de actos materiales sobre la cosa, requerido para probar la posesión; no es poder físico, ni esfuerzo, ni trabajo, lo único apto para producir los efectos posesorios; ni obstáculo para que a espaldas de las inscripciones se desarrollen los hechos y la vida de manera incontenible. Una inscripción en favor de quien no es dueño, no le dará una posesión que pueda triunfar sobre quien tenga la material, sea dueño o no; y en favor de quien lo es, no le permitirá ejercerla y conservarla si otro llega a tener la cosa materialmente. Una inscripción, de inmemorial vigencia, no podrá hacer frente a la posesión material de quien invoca los interdictos, ni podrá resistir la acometida de la usucapión, cuya entraña es la posesión material; ni valdrá tampoco para conservar la propiedad de la tierra si ésta no es poseída real y directamente. Dijo el notable jurista austriaco Randa, citado por Jerónimo González y Martínez (ob. cit, Tº 2º p. 64), al hacer la defensa de la posesión material postergada por el código de su país de 1811: "Unicamente la posesión física es verdaderamente posesión; la tabular no es ni siquiera una especie coordinada de la física: su concepto (esencia jurídica) es distinto; su nacimiento y pérdida se regulan por preceptos especiales; y finalmente (y esto es fundamental), los efectos jurídicos de ambas difieren totalmente, porque la posesión tabular no goza de la característica protección posesoria de los interdictos".

IV

Sabido es que en los primeros proyectos del señor Bello no figuró la posesión inscrita. Sólo en el último. Fue grande la influencia en el ilustre americano, del Código Civil austriaco de 1811. Este cuerpo legal estableció una posesión "tabular", esto es, "inscrita" encomendada a la inscripción de los títulos, fuera de la cual no era posible la posesión (arts. 321 y ss.), de modo que la material quedó excluida. He aquí algunos artículos de dicho código, cuya comparación con los textos del Código de Chile y—por tanto, con los del Colombiano— es significativa:

"Artículo 321.—La posesión legítima de un derecho real sobre cosas inmuebles sólo se adquirirá por la inscripción reglamentaria en el Registro Público.

"Artículo 322.—Cuando la cosa fuere inmueble y existieren Registros Públicos, el derecho de posesión corresponderá exclusivamente al que se halle inscrito como poseedor de ella".

Estas disposiciones son sustancialmente iguales a los artículos 696 y 724 del Código Chileno y 759 y 785 del colombiano.

"Artículo 350.—La posesión de los derechos y cosas inmuebles que se hallen inscritos en los registros públicos terminarán cuando sean cancelados. ..... o se inscriban a nombre de otros."

Este precepto equivale a los artículos 728 del Código Chileno y 789 inciso 1º del Colombiano.

Después de una larga vigencia de la posesión tabular en Austria, vigencia en la cual fué probada plenamente la reforma, fue suprimida en las reformas legislativas de 1914 a 1916, sugeridas por el notable jurista Unger, en las que fueron adoptados los sistemas posesorios alemán y suizo, conforme a los cuales **no hay una posesión inscrita sino una posesión, la material,** pues, la inscripción no sirve sino **para efectuar la tradición y probar la titularidad del derecho.** (V. Arminjon, Boris Nolde y Wolf "Traité de Droit Comparé" 1950. T. 2º Nos: 447 y ss.).

La ley hipotecaria española de 1861, siguiendo la huella del código Austriaco, estableció también una posesión tabular, vinculada al registro, y un procedimiento para inscribirla. Mas, la ley que entró a regir el 1º de enero de 1944, **abolió la posesión tabular.** (Sobre los efectos del nuevo estatuto puede consultarse a Ramón M. Roca Sastre, "Derecho Hipotecario" 1948. 1ª ed. T. 1º Cap. XIV. p. 522 y ss.)

El mismo ensayo hizo el Código del señor Bello, y de consiguiente, el C .C. Colombiano al adoptar en 1873 el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, o sea el mismo de la República de Chile. Mas, si la derogación legislativa no ha sido pronunciada, la de la doctrina es un hecho, porque según está ninguno de los efectos atribuídos a la posesión inscrita por el señor Bello se produce hoy, como luego se verá. La Comisión Revisora del Código Civil de 1953 ha propuesto la eliminación de los textos referentes a ella, por considerar que no hacen papel en la institución posesoria.

V

Construyó, pues, el señor Bello, con materiales del código austriaco unas cuantas disposiciones que incluyó en su último Proyecto, en los títulos de la Tradición, la Posesión, las Acciones Posesorias y la Prescripción. Las nuevas normas fueron la simiente de la contradicción dentro de la teoría de la posesión clásica, cuya estructuración en todos sus Proyectos fue paradigma de sabiduría, erudición e ingenio, hasta el punto de que el artículo 924 del Código de Chile (igual al 980 del Colombiano), negación tajante de la posesión material en el campo de los interdictos, resultáse contiguo de aquél que es corriente milenario de la posesión de la tierra; que pocos pasos antes del artículo 2510 (igual al 2531), estatuto de la eminente prescripción extraordinaria, la negase el 2505 (igual al 2526).

El señor Bello motivó así la nueva institución:

"La inscripción es la que dá la posesión real-efectiva, y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión pública, más solemne, más indisputable que la inscripción En algunas legislaciones la inscripción es una garantía no sólo de la posesión, sino de la propiedad, mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener ese resultado sino por medio de providencias compulsivas que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales y, muchas veces, juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistente los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos, sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto de los bienes raíces a la solemnidad de la inscripción, todos los referidos bienes a no ser los pertenecientes a las personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarían inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

"Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que la inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse".

Se sigue de esta exposición que dos objetivos movieron al señor Bello.

1º—Obtener, por los privilegios que la posesión inscrita tendría sobre la material, que los inmuebles fuesen inscritos en el "Conservador de Bienes Raíces", en el menor término posible; y

2º—Lograr que con el tiempo los términos 'propiedad', 'posesión' e 'inscripción' llegasen a tener un mismo significado.

El primer objetivo no justificaba el aniquilamiento de la posesión material, sin la cual no se concibe la vida humana, ni sus necesarias proyecciones patrimoniales. El segundo era un imposible jurídico. No se alcanzó en Chile el registro de los bienes raíces, a pesar de tan drástica medida, según enseñan los tratadistas de Derecho Civil Chileno.) Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, "Curso de Derecho Civil" T. 2º Nº 730).

En cuanto a la identificación de los términos, nada se logró y nada podía lograrse, porque "posesión" e "inscripción" no podrán ser jamás la misma cosa; las disposiciones del Código Austriaco de 1811 y las de la ley española de 1861 fueron derogadas precisamente porque los hechos se opusieron a esa equiparación; por el contrario, las dificultades que el sistema de posesión tabular suscitó probaron de manera irrefragable que tal identificación es imposible. "Con unanimidad indiscutible —dice González y Martínez— los grandes civilistas alemanes omiten todo desarrollo de la llamada posesión tabular y ni en los 125 tomos del Archivo for die Civilistiche Praxis, ni en los 75 del Anuario de Ihering, que contiene los más profundos estudios sobre la posesión romana, publicados en los últimos cien años, he podido encontrar ningún argumento en favor de la extraordinaria teoría que absorbe en la inscripción la posesión física de un inmueble". (Ob. cit. T. 2º p. 66).

"Propiedad" e "inscripción" tampoco lo serán sino en cuanto la inscripción pueda llegar a probar la propiedad de manera irrefragable. Es la culminación de los más avanzados sistemas de matrícula de la propiedad y de catastro. Y menos aún, "propiedad" y "posesión", porque aquélla es poder jurídico, inmaterial, específico e invariable, cuya estructura, régimen y movimiento descansan en reglas fijas y exactas; en tanto que la posesión es poder de hecho, material, común a todos los derechos, sea que nos pertenezcan o no nos pertenezcan, y en este caso, ignorando o sabiendo que no nos pertenecen. La posesión resulta así demostración física, orgánica, universal y necesaria del patrimonio, en la cual caben todas las formas de que se sirve el hombre para ejercer su señorío sobre las cosas. Complementa y exterioriza la propiedad, como dijera el autor de la teoría objetivista, y de esta suerte es común denominador material de todos los derechos, sin el cual los elementos patrimoniales serían simples relaciones abstractas, tan inmateriales como ineficaces e ilusorias.

VII

Si en los citados países no se justificaba una posesión tabular o inscrita, contraria a la naturaleza de las cosas, menos podría justificarse en un país de extensos territorios, como Colombia. El Código Chileno fue recibido como el mayor esfuerzo americano en materia de legislación, y en el propósito de adoptar un código civil completo, aprestigiado por la fama justamente alcanzada de su autor, no era el caso de detenerse sobre un asunto que era extraño al campo de las renovaciones políticas y religiosas a que Colombia estaba entregada por entónces. Pero, ninguno de los fines perseguidos podía justificar en Colombia el prohijamiento del nuevo estatuto posesorio. La propiedad raíz se venía inscribiendo al ser registrados los títulos, desde cuando lo prescribió la ley de 11 de octubre de 1821 (arts. 12, 13 y 14), lo tenía prescrito la Novísima Recopilación (Libro X, Título XVI, Leyes 1ª 2ª 3ª y 4ª) y lo prescribieron las leyes nacionales de 11 de mayo de 1825, 22 de mayo de 1826 y 1º de junio de 1844, así como el Código Civil de la Unión de 1873, el mismo que el Estado unitario reconstituído adoptó por medio de la ley 57 de 1887, adicionado con un nuevo Título (el 43) sobre "el registro de instrumentos públicos", de que carecía el chileno. En cuanto a la identificación de conceptos, la experiencia ha demostrado que es opuesta a los principios que representan.

VIII

No huelga recordar que el Registro como institución, tuvo su raíz en la necesidad de publicar los gravámenes de la propiedad inmueble, con los cuales, por ser ocultos, se sorprendía a los adquirentes de buena fe. Así, la primera función del registro, fue la de dar publicidad a los gravámenes, y más tarde a las transferencias y mutaciones del dominio. Posteriormente se le atribuyó otra función: transferir la propiedad, en sustitución de las primitivas formas físicas de entregar los inmuebles. El señor Bello, en sus primeros proyectos, contempló todavía estas formas.

al tiempo que adoptó la del registro (V. T. 4º de sus "Obras Completas", arts. 825 y 826); pero, ya en el proyecto definitivo aparecen eliminadas aquéllas. (V. el T. 5º art. 826). Y por último otra función: la de **probar** la titularidad del derecho. Esto es: **publicar, transferir y probar.** Se aspiró a que tuviese otra: la de **dar, conservar y probar la posesión,** creyendo que la inscripción que servía para transferir la propiedad, publicar las mutaciones y probar el derecho, podía tener también una naturaleza y un alcance posesorios. Lo cual lleva a la Córte a hacer, ante todo, el estudio de las disposiciones pertinentes del C. C., con el objeto de saber si en verdad consagran una idea, figura o institución jurídica de naturaleza y alcance posesorios.

SEGUNDA PARTE

Análisis de los textos sobre la posesión inscrita.

I.—Artículos 759 y 785

Reza el artículo 759 que los títulos traslaticios que deben registrarse "no darán o transferirán la posesión **efectiva**" sino mediante la inscripción en el Registro; y el artículo 785 lo repite diciendo que "si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Tales preceptos, literal y aisladamente contemplados, significan: o que la **posesión material no existe,** o que **no puede ser adquirida sino mediante la inscripción.**

Lo primero se rechaza sin mayor consideración, porque choca con la verdad histórica y universal de todos los tiempos y con el conjunto más armonioso de preceptos sobre la posesión material, que el señor Bello elaboró e incorporó en todos sus proyectos, aún en el último y no obstante la atracción que sobre él ejerciera la posesión tabular del código austriaco.

Lo segundo, o sea, que la posesión material no puede adquirirse sino por medio de las inscripciones, está en total desacuerdo con la jurisprudencia nacional. En efecto:

1º—La Corte ha dicho que la obligación del vendedor de que trata el artículo 1880 del C. C., comprende: A) la tradición del derecho, o sea la inscripción del título; y B) la "libre posesión, no solamente cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros" (Casaciones de 2 de octubre de 1930. XXXVIII. 97, y 24 de julio de 1937. XLV 328), lo que quiere decir que una cosa es el registro —para transferir el derecho— y otra, la entrega material o la toma de posesión por el adquirente, sin obstáculo alguno por parte del tradente ni de extraños, para que se inicie la posesión del comprador. Este **no adquiere,** por tanto, la posesión útil o material del inmueble **por medio del registro del título.**

2º—Si, quien completa un año en la posesión material de un bien raíz, tiene los interdictos, aún contra el propietario, según doctrina reiterada, es porque la posesión de los inmuebles puede adquirirse **sin registro,** en contra de lo que disponen aquellos preceptos.

3º—Si, quien habiendo comenzado a poseer sin título inscrito, ha poseído materialmente durante veinte años (art. 2531 C. C.) o durante cinco años (art. 12 L. 200 de 1936), adquiere la propiedad por prescripción extraordinaria o especial agraria, respectivamente, es porque la posesión fue adquirida un día materialmente, esto es, sin título, y por consiguiente, sin registro.

4º—Tampoco tienen sentido dichos textos respecto de la prescripción ordinaria, porque ésta requiere posesión regular (art. 2528 C. C.), y la posesión regular exige título generador de la transferencia del dominio (art. 764 C. C.), título que, si se trata de inmuebles, debe registrarse para efectuar la tradición y dar la publicidad que con el registro se persigue (art. 2637, ordinales 1º y 2º).

En primer lugar, no habrá usucapión de ninguna especie sin posesión material, porque es la única forma que, siendo real y objetiva, contradice inequívocamente el derecho ajeno, de modo que su titular, conociendo la pretensión extraña, pueda defender su propiedad. Ello, de manera uniforme y reiterada contra las fórmulas literales de los artículos 759 y 785, los cuales vienen predicando inutilmente que sólo la inscripción da o confiere posesión de los bienes raíces.

En segundo lugar, el título debe registrarse, como ya se dijo, para efectos de la tradición y publicación del título mismo. Mas, no para transferir posesión alguna, porque el registro de la venta de un inmueble **ajeno, no cancela el registro anterior,** como lo ha repetido la Corte. El "adquirente" va a prescribir porque además de la posesión material tiene un título **inscrito,** es decir, publicado; pero, no **porque el registro agregue nada desde el punto de vista posesorio,** a la posesión material. El registro no da posesión alguna, ni es posesión de ninguna especie: si la diera o lo fuera, no habría prescripción extraordi-

naria que pudiera realizarse sin título; ni tampoco agraria, a la cual éste es ajeno.

El registro, en la ordinaria cumple, se repite, dos objetivos: **transferir** el derecho y **publicar** la mutación (art. 2637, ordinal 1º y 2º C. C.). No hay una tradición perfecta, porque no es posible traspasar lo que no se tiene (arts. 752, inciso 1º y 1633 C. C.). Se trata de una **pseudo tradición, inhábil** para trasladar la propiedad, pero suficiente para transferir el derecho que se pueda tener sobre la cosa, inclusive para servir de eslabón jurídico entre una posesión material que el "tradente" ha ejecutado y la posesión propia del "adquirente", a fin de completar el lapso de la usucapión. Por esto, en la ordinaria la inscripción carece de **sentido posesorio**.

En síntesis, en pugna abierta con los artículos 759 y 785, la doctrina jurisprudencial viene repitiendo que al comprador no le da la posesión el registro sino la entrega material; que los interdictos protegen aún al poseedor sin título, esto es, sin inscripción alguna; que en la usucapión ordinaria el registro carece de alcance posesorio; la extraordinaria se realiza generalmente sin título y en la agraria no juega. Es decir, tales fenómenos, cuya esencia es la posesión material, se cumplen no sólo sin necesidad de inscripciones sino también contra las inscripciones de los propietarios.

II.—Artículo 789

1º—Según el inciso primero del artículo 789, la posesión inscrita cesa en virtud de una forma única: la cancelación del registro, puesto que en éste consiste la posesión. Y la cancelación no puede tener lugar sino en tres casos: 1º por voluntad de las partes; 2º por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro; y 3º por decreto judicial. Los dos primeros se confunden —si bien admiten una sutil diferencia— ya que uno y otro obedecen a la "voluntad de las partes"; y el tercero sucede cuando el Juez reconoce una situación jurídica prevalente sobre el registro actual.

Si la posesión no depende de la inscripción —como ya se expuso— puesto que no basta registrar la escritura de venta para que el comprador entre a poseer materialmente el inmueble; y si la posesión material —sin inscripción alguna— durante un año, engendra las acciones posesorias, y durante cinco o veinte confiere la propiedad, se comprende que no hay razón en hablar de la cesación de una posesión "inscrita", con fundamento en la cancelación de simples inscripciones **carentes de toda acepción posesoria.** Hay, sí, razón en hablar de cancelación de inscripciones, en cuanto éstas traspasan y prueban el derecho. La nueva inscripción cancela, por sí misma, la anterior, y se repite, no hay por qué ni para qué atribuir a las inscripciones fin alguno relacionado con la posesión.

2º—El inciso segundo del mismo precepto dice: "Mientras subsiste la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente". Con el artículo 785, este inciso 2º libró en Chile la lucha afanosa por la inscripción de los bienes raíces. Fue una garantía insuflada, un privilegio de que no había memoria, aquello de que habiendo sido inscrito el título de adquisición, quedaban el inmueble y su titular protegidos, de manera perpetua, contra todo peligro procedente de la posesión material de terceros. Era una forma de estimular la inscripción de la propiedad inmobiliaria, pero era también el medio de provocar la inacción del propietario, puesto a salvo de los interdictos del poseedor material y de la prescripción extraordinaria.

Mas, aplicado el texto en su alcance literal, pugna a fundamentales principios de organización humana y de régimen de la tierra. Ni en Chile se aplicó de esa suerte, y menos aún entre nosotros, pues la inscripción de los bienes raíces se rigió durante la Colonia y se ha venido rigiendo durante la República por leyes generales sobre registro. Y así sucedió que bajo la vigencia del C. C., particularmente después del segundo o tercer lustro del siglo, el inciso segundo del artículo 789 ha sido letra muerta, porque los terceros siempre han podido poseer materialmente los fundos contra los titulares inscritos; siempre han tenido a su favor las acciones posesorias y han prescrito con usucapión extraordinaria, y hoy, además, con la agraria de cinco años.

Por tanto, si a pesar de hallarse inscrito un inmueble —y en Colombia están inscritos prácticamente todos los que componen la propiedad privada— el que se apodera de él llega a tener a su favor los interdictos y a prescribir con usucapión agraria o extraordinaria, ningún oficio está haciendo, ni sentido alguno jurídico tiene un precepto que reza literalmente todo lo contrario.

III.—Artículo 790

El inciso segundo del artículo 789 se refiere a los inmuebles inscritos, para disponer que si alguien se apodera de ellos no adquiere la pose-

sión; el artículo 790 se refiere a los **no inscritos**, para decir lo contrario: que **si** adquiere la posesión. Este juego de normas opuestas obedeció —como antes se dijo— al propósito del señor Bello de compulsar a los propietarios de tierras a inscribirlas. Pero, como según la jurisprudencia nacional, en todo caso adquiere la posesión el que se apodera del bien, el artículo 790 no tiene significado, ya que la doctrina jamás ha hecho diferencia, por el aspecto posesorio, entre fincas inscritas y fincas no inscritas.

IV.—Artículo 791

Este artículo preceptúa que si el mero tenedor de un inmueble inscrito, lo usurpa, es decir, se declara dueño y poseedor de él, **no adquiere la posesión**; pero, si lo enajena a su nombre, el sucesor lo **adquiere** en virtud de la inscripción.

Lo cual está en pugna con el artículo 2531, que admite la usucapión extraordinaria **a favor de quien ha recibido la cosa a título precario**, y con el artículo 777, el cual, al disponer que "el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión", enseña que si con el factor tiempo concurre el desconocimiento del derecho del dueño y este desconocimiento se reviste de actos materiales de propietario, **si se muda la mera tenencia en posesión**, y por esto mismo es por lo que el artículo 2531 autoriza la usucapión en dicho evento: si no se consagrara la mutación del título precario en posesión, tal modo de adquirir sería un imposible.

En la jurisprudencia del país —como se verá adelante— se ha reconocido la prescripción extraordinaria con apoyo en los artículos 777 y 2531, en favor de quien logra la transformación de su calidad precaria en posesión, esto es, de quien comenzó a poseer **materialmente** el bien raíz, sin título de propiedad, y por tanto, **sin inscripción alguna**. Luego el artículo 791 ha quedado vacío.

Por lo demás, si el "causahabiente" del mero tenedor que usurpa el inmueble y lo enajena a su nombre, adquiere la posesión, desde la inscripción del título, como dice el inciso 2º del artículo 791, de nada le sirve al "adquirente" la inscripción desde el punto de vista posesorio, si no **posee materialmente** el inmueble durante el lapso requerido para prescribirlo, justamente porque las inscripciones no son posesión, ni dan, ni confieren, ni conservan la posesión.

V.—Artículo 980

En la primera época este precepto causó los más graves estragos, amparados por el sistema de la exégesis. Cabe recordar que en sustancia fue tomado del Código austriaco, y que por referirse a la prueba de la posesión, quedó haciendo parte del título de las Acciones Posesorias, codeándose con el artículo 981 que consagra la norma opuesta, pues si aquél confía esa prueba al registro, éste la encomienda a los actos materiales. En Chile se promovieron debates encendidos sobre la presencia, en un mismo lugar, de tan contradictorias disposiciones. Una tesis sostuvo la aplicación del primero a los inmuebles inscritos, y la del último a los no inscritos, con lo cual quedaba asegurado el imperio de la inscripción, pues en lucha entre uno y otro texto vencería siempre el primero. Otra tesis predicó que la norma que atribuye la prueba de la posesión al registro, así como todas las tocantes a la posesión inscrita, se refieren a los inmuebles incorporales o derechos, mientras la que exige los actos materiales concierne a los bienes raíces corporales; tesis contraria a la realidad histórica y a la naturaleza de las cosas. Porque se poseen las **cosas** en razón del derecho que se tiene o se cree tener sobre ellas y aún a sabiendas de que no se tiene. El hecho de poseer las cosas hace presumir el derecho, esto es, del hecho conocido de la posesión se infiere el desconocido del derecho. Esta presunción se basa en la posesión de las **cosas**, que es lo objetivo y real; no en la posesión de los **derechos**, que es lo subjetivo e inmaterial. De donde se sigue que el problema posesorio no se plantea sino sobre las cosas, como lo planteó el hombre desde el principio, antes de que se hubiesen ordenado las prerrogativas patrimoniales. El hombre poseyó desde un principio las cosas, no los derechos; vinieron los poderes jurídicos después de los poderes naturales, pero por ello la posesión no renegó de su origen histórico: siguió vinculada a las cosas. Primero que la propiedad fue la posesión, porque para poseer bastaba tomar, aprehender físicamente. Cuando las colectividades humanas organizaron el dominio y metodizaron sus facultades, clasificándolas en **un jus utendi, un jus fruendi** y un **jus abutendi**, hacía siglos que los hombres poseían las cosas, y del incontrastable hecho posesorio brotó la vasta presunción de propiedad con base en ese hecho. Y si hoy se habla de derechos, como bienes constitutivos del patrimonio, la posesión no ha dejado de vivir ligada a las cosas, porque consiste en actos materiales de goce y de transformación,

que no pueden cumplirse sobre las relaciones incorporales e inasibles —que son los derechos— sino sobre las bienes físicos, aptos para soportar los hechos materiales. Por esto es error grave erigir un sistema posesorio a base de derechos, y de aquí el fracaso de la posesión inscrita.

El artículo 980 presenta la inscripción como prueba invulnerable de posesión, siempre que desde su fecha haya corrido un año completo. Aplicado así, la posesión material ningún valor tendría, aunquando fuese de años: el poseedor inscrito podría recuperar siempre el inmueble, con acción posesoria, al paso que jamás podría el material ejercerla contra el poseedor inscrito. Posesiones inscritas transmitidas de generación a generación, a través de los registros que jamás tuvieron el respaldo de los actos posesorios, y que no obstante prevalecieron sobre el trabajo de largos años. No se produjo agresión más áspera a la equidad, ni embestida de mayor poder disolvente a la institución posesoria. Lo cual se aplicó así en un principio para escarnio de la justicia, en un país de vastos territorios incultos y extensas tierras privadas, desconocidas de sus dueños y hurtadas al trabajo al abrigo de las inscripciones. Mas, no después, como adelante se verá, porque triunfó el espíritu sobre la letra de los textos, y hoy el artículo 980 carece de papel en los fenómenos de la posesión.

VII.—Artículo 2526

Categórico como todos los preceptos sobre la posesión inscrita, este artículo enseña que el dominio de los inmuebles cuyos títulos están inscritos, no puede adquirirse sino por medio de la prescripción ordinaria. Vuelve aquí la institución, a impulsar el registro de los bienes raíces, disponiendo que al hallarse registrados pueden sus titulares permanecer tranquilos respecto de terceros poseedores que aspiren a una usucapión extraordinaria sin título.

Pero, si de un lado se trataba de avivar el registro de los bienes raíces, de otro se suprimía la usucapión extraordinaria de los inmuebles inscritos. Respecto de éstos la verdadera posesión nada podía alcanzar, si no mediaba un título registrado. Lo cual constituía un asalto a la prescripción, mutilada de esa suerte en uno de sus aspectos de mayor alcance social: como modo de adquirir, sin título, con toda clase de posesiones irregulares, ejercidas por el poseedor inicial y por los sucesivos poseedores, y como prueba máxima, invulnerable, de la propiedad.

Esta disposición se ha quedado escrita, porque no hay Juez que se niegue a declarar una usucapión extraordinaria de bienes inmuebles, contra el propietario que tiene su título inscrito.

TERCERA PARTE

La posesión inscrita y la doctrina jurisprudencial

En Colombia fue acogido el nuevo estatuto por ilustres juristas como Fernando Vélez y Eduardo Rodríguez Piñeres. (V. sus obras de Derecho Civil T. 3º Nos. 258 y 736 y ss. y T. 3º Nos. 674 y 595, respectivamente). El primero con algunas reservas. La doctrina jurisprudencial lo aplicó con visible vacilación en la primera época que cubre hasta los dos o tres primeros lustros de este siglo; no le dispensó una aceptación completa, pero sí bastante para causar profundo agravio a la equidad en los juicios posesorios principalmente, en los cuales prevalecían las inscripciones sobre la posesión material de la tierra, a la cual tánto desposeídos de ella habían entregado por mucho tiempo vida y trabajo. Así, la Corte dijo en 1889: "Si en juicio ordinario de deslinde una parte pretende probar que ha estado en posesión de la parte de terreno disputada, por medio de declaraciones testimoniales, y la otra pretende probar lo mismo con título inscrito, debe prevalecer la prueba del título inscrito". (Casación de 22 de junio. II. 197); en 1901: "La ley distingue entre la prueba de la posesión de los derechos reales, que la constituye la inscripción en el registro de instrumentos públicos, y la posesión de los corporales" (casación 10 de septiembre. XVIII. 383); en el mismo año: "Mientras subsista la inscripción el que se apodere de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente (casación 18 de septiembre XXV. 185); en 1911: "La posesión de los bienes raíces no la adquiere el comprador sino cuando se ha efectuado la tradición de ellos por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos" (casación 4 de julio. XX. 60); y en 1917: "Lo que da la posesión de un inmueble es el registro del respectivo título traslaticio de dominio: su cancelación no la produce; lejos de esto la suspende". (Casación 21 de marzo XXVI. 21)

Estas doctrinas originadas en el más alto Tribunal de Justicia del país, influyeron en los jueces, de manera que la posesión quedó afectada en su esencia por los textos que en el C. C. señalaron al registro una función posesoria. Pero, no pasaron muchos años sin que la jurisprudencia comenzara a rectificar sus pasos.

I. En casación de 10 de mayo de 1899, no obstante corresponder a la primera época, se lee lo siguiente: "Es preciso reconocer que los demandantes no han comprobado satisfactoriamente el derecho que invocan, porque si bien es cierto que con la exhibición de las escrituras demuestran que tienen el dominio de la finca, **no por eso debe entenderse probado que tengan la posesión real o efectiva.** La posesión en los juicios posesorios, y especialmente en el despojo, no se prueba por las escrituras públicas que acreditan el dominio o derecho sobre el fundo en cuestión.....(XXV. 199). Lo cual era un desconocimiento de los artículos 759, 785, 789, inciso 2º, y 980.

II.—En casación de 7 de octubre de 1913: "El dueño y poseedor regular de una cosa puede dejar de ejecutar esos hechos posesorios, sin peligro **mientras otros no los ejecuten, sobre la misma cosa.** Desde que otro ejerce esos hechos o actos posesorios sobre cosa ajena, se pone el dueño, si no los impide, por los medios que la ley pone en sus manos para ello, **en el camino de perder el dominio de lo que le pertenece**". (XXIII. 206) Doctrina francamente opuesta a dichos preceptos y al artículo 2526, además, según el cual no hay usucapión extraordinaria, sin título, contra los inmuebles cuyos instrumentos de adquisición se hallen registrados.

III.—En casaciones de 24 de agosto de 1916 y 21 de julio de 1922 (XXV. 448 y XXIX. 247), dijo la Corte que la presunción de propiedad consagrada en el inciso 2º del artículo 762, reposa, en lo tocante a bienes raíces, en la posesión material, lo cual puede estimarse como un desconocimiento del pretendido valor posesorio de las inscripciones, pues si lo tuviesen, la presunción descansaría en ellas, de acuerdo con las fórmulas de los artículos 760, 785 y 789, inciso 2º.

IV.—Casación de 30 de mayo de 1913 XXI. 209) dice que es la posesión material la base de la usucapión extraordinaria: "No es el título registrado, aunquando tenga treinta años, sino el ejercicio de la posesión no interrumpida en ese lapso lo que sirve de fundamento a la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio". Y sentencia de 15 de diciembre del mismo año (XXII. 284): "La posesión necesaria para ganar por prescripción el dominio de inmuebles no se **adquiere con el registro del título; es necesaria la tenencia de la cosa.**" La misma doctrina había consagrado la casación de 21 de septiembre de 1911 (XX. 282). Fallo de noviembre 3 de 1932 (XL. 609) agrega: "De modo que al admitir esta prueba en el caso, no violó el sentenciador el artículo 789 del Código Civil, **porque esta disposición hay que entenderla sin perjuicio de las disposiciones del mismo Código Civil, sobre prescripción extraordinaria.** Si así no fuera, no obstante una posesión material y no interrumpida de treinta años, contra el que aduce un título inscrito, **subsistiría a su favor el derecho de dominio en bienes raíces,** y serían letra muerta las disposiciones de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil. Por eso la Corte ha rechazado la tesis contraria, que es la que invoca el autor del recurso, como se ve en el fallo publicado en la Gaceta Judicial números 906 y 907". Y en casación de 1º de septiembre de 1950 (LXVIII. 21): "Huelga insistir en que tratándose de causas sobre prescripción, cuandoquiera que la controversia se suscita sobre la posesión, debe entenderse por ésta, **no la meramente inscrita, sino la real o efectiva** consistente en la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño."

Empero, según los preceptos tantas veces citados, la posesión de los bienes raíces no puede adquirirse sino mediante la inscripción; de suerte que si aquéllos hubiesen sido acatados por jueces y tribunales no se habría consumado en el país una sola prescripción extraordinaria contra títulos inscritos.

V.—La Corte no sólo ha consagrado la doctrina anterior: ha predicado, además, que según el artículo 2531, el mero tenedor puede transformar su título en el de **poseedor,** si realmente llega a **poseer,** sin necesidad de **inscripción alguna,** en contra de lo que preceptúa literalmente el artículo 791, según el cual el que usurpa la cosa que recibió en mera tenencia, no adquiere la posesión ni pone fin a la posesión existente. (V. casación de 27 de julio de 1935. XLII. 338).

VI.—Casación de 27 de mayo de 1920 (XXVIII. 70) enseña que en caso de pugna entre una posesión material y un título registrado, éste debe ceder a aquélla, siempre que el título sea de fecha posterior a la inicial de la posesión, lo cual quiere decir que hay posesión sin título, y por lo mismo, sin inscripción.

VII.—Según las casaciones de 27 de julio de 1918 (XXVI. 373), 21 de marzo de 1927 (XXXIV. 54) 2 de octubre de 1930 (XXXVIII. 97) y 24 de julio de 1937 (XLV 329), la posesión que le permite al comprador el goce del inmueble, no se realiza mediante el registro: "El art. 1880 significa, según lo tiene declarado la Corte, que "la obligación de entregar la cosa vendida ha de tener en su cumplimiento dos efectos necesarios: transmitir la propiedad al comprador, esto es, el derecho de tener y poseer la cosa a título de dueño, rem

licere habere, y transferirle la libre posesión, no solamente cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros, **vacuam possesionem**". Y en aplicación de estos principios, la Corte ha declarado también que con la sola inscripción o registro del título de compraventa de una finca raíz, no queda cumplida en todo caso la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida. La posesión material que le permite el goce de los servicios y frutos de la finca, no se realiza por el solo registro de la escritura". Por tanto, se transfiere la propiedad por medio del registro; la posesión se recibe o se toma materialmente, desde que no haya obstáculo por parte de vendedor y terceros. Luego, la inscripción no tiene función posesoria, contra lo dispuesto en los artículos 759, 785 y 789 inciso 2º

VIII.—El artículo 1871 del C. C. estatuye la validez de la venta de cosa ajena, como desarrollo del principio romano según el cual el contrato no produce sino obligaciones. Dicho texto fue siempre obstáculo a la aplicación de la teoría de la posesión inscrita, porque a pesar de disponer el inciso 1º del artículo 789, que "para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele", el registro del título de venta de cosa de otro **no cancela el registro ni hace cesar la posesión inscrita del dueño**, como lo ha repetido la Corte y quedó expuesto antes (casaciones de 15 de noviembre de 1930. XXXVIII. 323, y 3 de noviembre de 1932. XL. 609). "No es dable —dicen estas sentencias— tomar aisladamente el primer inciso del citado artículo 789 sino que hay que ponerlo en relación con otras disposiciones para comprender su alcance, pues de otra suerte serían letra muerta varios artículos, como el 1871, que reconoce como válida la venta de la cosa ajena, de donde resulta que el comprador de ésta pueda ganarla por inscripción, naturalmente contra el dueño; y es de anotar que dicho comprador no está en ninguno de los casos del primer inciso del artículo 769". Y entonces sucede que el comprador prescribe el dominio **contra una posesión inscrita viva, por virtud de la posesión material no interrumpida**. Si la inscrita fuese lo que dicen los textos, la usucapión no podría cumplirse y la validez de la venta de cosa ajena, en cuanto a inmuebles, no existiría, con desconocimiento del artículo 1871 y quebranto de los principios que gobiernan la legislación en punto a efectos del consentimiento.

IX.—En la casación de 24 de julio de 1937 XLV. 329) la Corte declara que la ley 200 de 1936 "ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscritas y material sobre bienes raíces rurales, en el sentido de la prevalencia de esta última". Con más exactitud, la solución se produjo paulatinamente, a medida que la doctrina fue rectificando sus primeros pasos, sin olvidar que algunos de los más significativos efectos posesorios se cumplieron desde un principio, aún contra las voces imperativas de las disposiciones sobre la posesión tabular; de manera que cuando el nuevo estatuto de la tierra fue expedido, ya la inoperancia de las disposiciones sobre dicha posesión era un hecho firme en la jurisprudencia.

En efecto: la Corte había dicho antes que la inscripción no da la posesión al comprador; que el que se apodera de un fundo, lo posee, contra la inscripción del titular; que la posesión material por más de un año, crea para quien la ejecuta, las acciones posesorias, aún contra el propietario; que el registro de venta de cosa ajena no cancela el registro anterior, y sin embargo contra ese registro prescribe el comprador, etc. De esta suerte, de la posesión inscrita no habís quedado prácticamente sino el molde objetivo.

Por esto mismo la ley 200 ignora la posesión inscrita. En su artículo 1º consagra en el fondo la ocupación como modo de adquirir los baldíos: la ocupación es la negación tajante de la posesión inscrita. El artículo 4º fue concebido para resolver los más graves conflictos de la época entre el colono de más de dos y menos de treinta años de posesión material y el propietario del suelo. La reversión a favor de la Nación, establecida en el artículo 6º, es sanción para el propietario que deja de poseer la tierra materialmente con explotación económica. El artículo 12 consagra una usucapión especial de la tierra, a base de esta misma clase de posesión material; y el artículo 19 pone los interdictos en manos de los poseedores con explotación económica.

Por otra parte, el artículo 3º, al consagrar la cadena de títulos por el lapso de veinte años, como prueba de la propiedad de la tierra, frente a la Nación, no habla de posesiones inscritas, sino de "títulos inscritos" y de "tradiciones de dominio", esto es, de las inscripciones en su función propia de transferir y probar el derecho. Lo mismo estatuye el artículo 7º, respecto de la propiedad urbana. Y el artículo 4º, al señalar la tarifa de pruebas a que puede acudir el dueño contra los poseedores contemplados allí, no habla de posesión inscrita, sino de títulos originarios y traslaticios.

De lo cual se infiere, por lo demás, que cuantas incidencias de orden posesoria registra di-

cha ley, son fruto de la posesión material económica, con manifiesta tendencia objetivista, por una parte; por otra, se cumplen no sólo sin influjo de la posesión inscrita sino también contra ella misma. Por ello puede tenerse la Ley 200 como culminación y a la vez refrendación de la doctrina, en su empeño de despejar el ámbito de la institución del intento de atribuir a las inscripciones de los títulos un valor posesorio.

X—Las leyes han acentuado en los últimos años la misión posesoria del poder de hecho sobre las cosas, con marcada orientación objetivista:

A) La ley 120 de 1928 (art. 2º) brinda a quien haya prescrito el dominio sobre inmuebles, esto es, a quien los haya poseído materialmente por el lapso y según las condiciones de la ley, una acción declarativa de pertenencia de la propiedad norma sin duda aplicable también a la prescripción agraria del artículo 12 de la Ley 200 de 1936; y la Ley 51 de 1943 (art. 9º), atribuye efectos erga omnes a la sentencia dictada en ejercicio de dicha acción. La ley confió esta empresa nacional de saneamiento de la propiedad raíz a la posesión material, ya que el fallo no es sino el título declarativo del derecho de dominio preadquirido mediante la prescripción, y el registro del fallo —sobra agregar— no persigue sino publicar el hecho de la adquisición.

B) La citada ley 51 de 1943 (art. 1º) permite al condómino prescribir el predio común o parte de él contra los demás copartícipes, en consideración a la firmeza de una posesión material exclusiva, clausurando de tal manera un largo debate doctrinario y jurisprudencial.

C) La Ley 200 de 1936 (art. 1º) erige la posesión material económica en forma de adquirir y probar el dominio privado sobre las tierras baldías; limita en el 4º la tarifa de pruebas de la propiedad del suelo, en favor del poseedor material de las condiciones allí previstas; encomienda en el 6º la conservación de la propiedad de los fundos rurales, a la posesión material económica, y el 1º declara que los interdictos protegen únicamente dicha especie de posesión.

D) No sobra agregar que el artículo 635 del C. J. promulgado en 1931, dispone que la suficiencia de un título se acredita por medio de un certificado del registrador en que se exprese que la inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios señalados en el artículo 789 del C. C.: el precepto se refiere al registro, no a la posesión inscrita, siendo así que el artículo 789 no habla sino de posesión inscrita y cesación de la posesión inscrita. Esto prueba que para el legislador de aquel año la inscripción no tenía otro cometido que el de transferir la propiedad y probar la titularidad del derecho.

XI—Si de acuerdo con la referida sentencia de 24 de julio de 1937, la ley 200 puso fin a la pugna entre las dos posesiones, en lo que atañe a la tierra del campo, en virtud de la preeminencia de la verdadera posesión, al presente fallo corresponde reiterarlo sin distingo, para fundar el cual no hallaría razón en la trayectoria de la jurisprudencia ni en la sustancia de fenómenos reales semejantes que en el ámbito de la posesión reclaman un mismo tratamiento jurídico. Y al declarar, en consecuencia, que no hay una posesión inscrita en el derecho colombiano, la Corte cumple su función doctrinaria, en beneficio de la institución posesoria, libre ya de contradicciones abruptas entre unos y otros textos; del criterio de jueces y abogados, perturbado aún —como lo demuestran la demanda y la sentencia en el presente juicio— por unas disposiciones legales que sobreviven formalmente a la labor jurisprudencial; la enseñanza del derecho, no totalmente unificada todavía en esta materia, y el nombre de un país de extensos territorios inciviles, que conserva en sus leyes las piezas de un sistema contrario al ingreso de la tierra a la economía nacional, a la realidad histórica y a la justicia.

XII.—Conclusiones

1º—La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de julio de 1937 (XLV. 329), complementándola en el sentido de que entre la posesión material y la llamada inscrita, no hay conflicto doctrinario, en razón de la prevalencia de la primera, trátese de fundos rurales o de inmuebles urbanos.

2º—Por tanto, sobre las disposiciones analizadas del C. C., tendientes a atribuir al registro de los títulos de la propiedad raíz, una función posesoria, prevalecen los textos relativos a la posesión que el C. C. no califica, o sea, la material, la única verdadera posesión.

3º No existe, por lo mismo, en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque, como lo ha consagrado la jurisprudencia nacional que este fallo acoge y compendia, la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios.

4º—La inscripción de los títulos en el Registro Público, cumple los objetivos de transferir

los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones del dominio y probar la titularidad de los mismos derechos, aparte de la seguridad que se desprende de la circunstancia de que del mismo instrumento quede testimonio auténtico en dos oficinas públicas diferentes.

Esta última conclusión está de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte, según la cual, en caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del C. C., se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pase a ser propietario.

CAPITULO CUARTO

Cargo relativo a la identidad del inmueble

1º—Se acusa el fallo de violación indirecta de los artículos 946, 947, inciso 1º y 950 del C. C., por error de hecho en la apreciación de: a) la diligencia de inspección ocular de la finca; b) la confesión de Pablo Emilio López; c) la confesión de Serafín Aldana; y d) la manifestación del apoderado de los demandados.

Se considera:

a) El recurrente tilda de error de hecho la apreciación del Tribunal, de la expresada diligencia de inspección ocular, por cuanto dice que "no hubo identificación con los títulos que figuran en autos y que se alegan como pertinentes a demostrar el dominio y la posesión inscrita que la actora alega tener sobre el terreno que se reivindica...." El recurrente dice: "....Es obvio que si el Tribunal identificó los distintos mojones que sirven de punto de partida a los linderos en los títulos, la finca quedó identificada y no cabe la menor duda de que sea la misma a que se refiere la demanda. Esta incluye los linderos que constan en el título de adquisición de Berenice Ulloa de Ulloa cuando compró el bien al Banco Agrícola Hipotecario según escritura ya citada". En verdad, la linderación dada en la demanda es la misma del instrumento por medio del cual compró doña Berenice y la misma de todos los títulos que luego se sucedieron, incluida la diligencia de remate efectuado a favor de los demandados López y Leyva de López. De esta suerte, al identificarse el inmueble determinado en el libelo, se identificó el especificado en los títulos, y de aquí que el Tribunal errara de hecho al circunscribir la prueba de la identificación al inmueble cuya alinderación se da en la demanda, y no al especificado en los títulos, además; b) erró asimismo de hecho el Tribunal en no parar mientes en la confesión judicial del demandado Aldana, contenida en la aceptación irrestricta que hizo del libelo (f. 32 C. 1º), de la cual no puede excluírse lo tocante al hecho de tratarse del mismo fundo.

c) Del propio modo erró de hecho al omitir la estimación de la confesión del demandado López, contenida en el memorial de folios 37 C. 1º, por medio del cual denunció el pleito: a José Ignacio González, quien le vendió "la finca de que trata la demanda"; a Bernardo Rico, quien "a su turno le vendió la finca de que se trata a mi vendedor José Ignacio González", y a Berenice Ulloa de Ulloa, quien le vendió a Rico "la finca de que se trata".

Acerca del valor que tiene la aceptación de un hecho, dentro del juicio, en forma distinta de posiciones, la Corte dijo en sentencia de 12 de noviembre de 1954, dictada en juicio de Pedro María Vásquez contra Lázaro Vásquez y José Luis Arboleda y no publicada aún en la Gaceta Judicial:

"El Tribunal dice que el artículo 604 no exige una forma especial de confesión judicial y es exacto. El precepto sólo exige que se haga "ante Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones", sin especificar forma alguna a la cual deba sujetarse la confesión. Pero, es entendido que si la confesión se hace fuera del juicio, tendrá que revestir la forma de posiciones para que sea judicial. De aquí que el testimonio de nudo hecho de Arboleda no pueda considerarse como confesión judicial, pero sí su ratificación.

La confesión puede hacerse al absolver posiciones (art. 610), así como al formular la demanda o la contestación, el escrito de excepciones o su respuesta (art. 607). La aceptación de un hecho por la parte a quien perjudica, en el curso de una diligencia judicial, v. gr. de inspección ocular, depósito o secuestro, es igualmente confesión judicial, de acuerdo con la norma general del artículo 604. De manera que si uno de los litigantes personalmente manifiesta ser cierto un hecho que le perjudica, ante el Juez de la causa, en ejercicio de su misión, en el curso de una declaración, no hay duda de que hace confesión de tal hecho y que la confesión es judicial. Tampoco la hay de que el procedimiento es irregular, porque siendo parte en

el juicio, la vía era la de las posiciones y no la declaración como testigo".

Ciertamente, el demandado López no podía representar directa y personalmente en juicio para denunciar el pleito, sino por medio de apoderado, según las leyes relativas al ejercicio de la abogacía. Estas persiguen moralizar la profesión y alcanzar una más ordenada, limpia y eficiente dispensación de la Justicia; pero no impiden que las partes consientan, en persona y dentro del juicio, en los hechos que las perjudican, por fuera de la absolución de posiciones. Por ello, en aquel pleito se admitió como judicial la que hiciera uno de los litigantes al rendir declaración dentro del juicio mismo, como si fuera testigos; y en aquel fallo se dice que la que se haga en la diligencia de secuestro o inspección ocular **personalmente**, es también confesión judicial. Por tanto, ha de aceptarse como tal la manifestación de que se trata del mismo fundo, contenido en el memorial suscrito por el demandado López, ya que la hizo ante Juez competente por razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones.

d) No apreció el Tribunal tampoco el escrito del apoderado de los demandados López y Leyva de López (f. 43 C. 1º) sobre denuncia del pleito a los antecesores, escrito en el cual acepta que se trata de un mismo inmueble, si bien esta prueba sólo valdría como indicio.

Estos errores llevaron al sentenciador a negar que se hallase probada la identidad del fundo, punto sobre el cual no podía abrigar la menor duda. Y lo condujeron a infringir los preceptos legales que cita el recurrente, de carácter probatorio y sustantivo, y a negar la acción incoada, en consecuencia.

Hallándose demostrados los cargos contra los dos fundamentos de la sentencia, se impone infirmarla, para dictar fallo de instancia.

CAPITULO QUINTO

Sentencia de instancia

1.—La demandante ejerce la acción reivindicatoria, a pesar de los vacíos del libelo. Tanto la sentencia de primera instancia, como la que se infirma, lo interpretan en ese sentido. Por tanto, deben hallarse demostrados los elementos constitutivos de dicha acción.

2.—La **posesión** y la **identidad** del inmueble así aparecen, según queda dicho antes, e igualmente la **singularidad** del objeto.

3.—La titularidad del derecho, a favor de la universalidad herencial de Carlos Ulloa Jiménez y de la sociedad conyugal que tuvo formada con su esposa, ambas ilíquidas, se halla establecida por medio de los documentos presentados.

En efecto:

a) Durante el matrimonio de Carlos Ulloa Jiménez y Berenice Ulloa de Ulloa, ésta compró al Banco Agrícola Hipotecario la finca que es materia de la reivindicación, según escritura Nº 129 de 31 de marzo de 1938, de la Notaría del Circuito de La Vega (f. 8, C. 1º).

b) La sociedad conyugal quedó disuelta el 3 de marzo de 1939, por muerte del marido, y sin que se liquidara ni la sociedad ni la sucesión, la viuda enajenó dicho fundo a Bernardo Rico, por medio de escritura Nº 955, de 26 de noviembre de 1944, de la misma Notaría (f. 11 ib.); Rico lo vendió a José Ignacio González (escritura Nº 230, de 2 de abril de 1946); González lo vendió a Pablo Emilio López (escritura Nº 375, de 1º de junio de 1947); López lo vendió a Serafín Aldana (escritura Nº 137, de 1950); el mismo López y Sofía Leyva de López lo remataron en el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá el 28 de febrero de 1951, en juicio seguido por los mismos compradores contra Aldana, quienes figuran como demandados en el presente juicio.

c) El inmueble era un bien social; luego, en lo que concierne a la viuda vendedora, sólo tenía respecto de él el derecho que le confería el antecedente de haber sido miembro de la sociedad formada con su marido, esto es, un derecho de cuota en la universalidad conyugal, y eventualmente en la universalidad herencial, con el carácter de heredera de su esposo o con derecho a porción conyugal, simplemente, siendo abstractos todos estos derechos, cuya existencia y monto sólo se concreta y precisa al liquidarse la sociedad y la sucesión.

Por tanto, no podía la viuda enajenar el fundo como cuerpo cierto, como si la etapa de la liquidación y adjudicación se hubiese agotado y en ella se le hubiera atribuído la propiedad del bien. Vendido en tal forma, el acto quedó sometido a las reglas de la venta de cosa ajena, según los artículos 779 y 1401 del C. C., y como de acuerdo con el artículo 1871, una venta de esa especie, vale, sin perjuicio del derecho del verdadero dueño (aquí sociedad conyugal y sucesión), la demandante, en su calidad de hija legítima del referido matrimonio, reivindica para la sociedad y la mortuoria ilíquidas. Tal es la **causa petendi** de la acción incoada.

d) La titularidad del derecho corresponde, por tanto, a la sociedad conyugal y a la universali-

dad hereditaria del marido difunto, a cuyo favor se piden las declaraciones y condenas formuladas. En vida del marido correspondía a la sociedad conyugal, porque había sido adquirido por la mujer durante el matrimonio, a título oneroso. La sociedad de la Ley 28 de 1932 se nutre de las mismas fuentes que alimentaban la sociedad conyugal del C. C. Disuelta la sociedad por el fallecimiento del marido y abierta la sucesión del mismo, el bien pertenece a los dos entes universales, de modo que al demandar obra la actora en ejercicio del derecho de cuota que tiene, esto es, su posición está legitimada en la causa, y al demandar para la sociedad y la sucesión ilíquidas, reconoce que la titularidad del dominio del fundo existe en aquéllas.

4) Tanto el sentenciador como el opositor sostienen que no está probado uno de los presupuestos procesales, debido a que la parte actora no afirmó de los demandados que fueran poseedores del inmueble, ni menos agregó la forma en que lo fueran.

a) En primer lugar, la calidad de poseedor en el demandado, es elemento de la acción de dominio y no presupuesto procesal (V. sentencia de casación de 19 de agosto de 1954, LXXVIII. 345). En segundo lugar, en el Capítulo Segundo del presente fallo expone la Corte las razones que tiene para considerar que en la acción ejercida concurre tal elemento.

b) En tercer lugar, en cuanto a los demandados López y Leyva de López, considerados como poseedores del inmueble, aparecían como titulares del dominio de la finca cuando contestaron la demanda (8 de noviembre de 1951), en virtud de remate efectuado por ambos en común (V. fs. 10 y ss. C. 1). La posesión correspondía, por tanto, en principio, a los dos, como se sostiene en aquel Capítulo, y en común, porque no hay prueba de lo contrario, ya que la distribución que sugiere el demandado López en la diligencia de inspección ocular (f. 5 v. C. 3º), no desvirtúa el hecho de la posesión conjunta. Quienes adquieren la propiedad de un bien en común, y lo poseen, lo poseen en comunidad, a menos de prueba en contrario, porque la posesión, se dijo antes, no es sino el ejercicio del derecho que se tiene o se pretende, de modo que si el derecho se tiene proindiviso, la posesión de la cosa sobre el cual recae, será a su vez en proindiviso.

c) El demandado Aldana, al aceptar la demanda, aceptó el carácter de poseedor, con las consecuencias de rigor, motivo por el cual la sentencia tiene que cobijarlo. Seguramente era poseedor en el momento de contestarla (el 6 de marzo de 1951), si bien ya se había verificado el remate del inmueble en favor de los demás demandados.

En una palabra, contra los tres fue dirigida la acción reivindicatoria, y de acuerdo con la doctrina expuesta, los tres tienen en el proceso el carácter de poseedores, por una parte. Por otra, si no se demuestra una posesión exclusiva de alguno de ellos, como no se ha demostrado, aquélla habrá de considerarse en común.

5) Así, en relación con los tres demandados, sin ausencia de presupuesto procesal alguno, se podrá hacer la declaración de pertenencia y la condena de restitución, a favor de la sociedad y la sucesión ilíquidas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha dos (2) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Domitila Ulloa de Matiz contra Pablo Emilio López y otros, y como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero.—Declárase que pertenece a la sucesión ilíquida de Carlos Ulloa Jiménez y a la sociedad conyugal, también ilíquida, formada por el mismo y Berenice Ulloa de Ulloa, la propiedad del lote de terreno denominado "Costa Rica", ubicado en el Municipio de La Vega, en el Departamento de Cundinamarca, y alinderado así: "Partiendo de un mojón marcado con el número trece (13), que está en el camino de La Huerta y el camino que conduce para La Planta, siguiendo en dirección norte por todo el camino de La Huerta hasta encontrar a los trescientos catorce metros (314 mts.) aproximadamente, un mojón marcado con el número diez (10), de donde se sigue en dirección N. E, hasta encontrar a los a los cien (100) metros el mojón marcado con el número nueve (9) que está cerca a una cañada; se sigue por la cañada aguas abajo hasta un mojón marcado con el número cinco (5), cerca a un árbol cámbulo, lindando a la izquierda con parcela de Eusebio Salamanca; de este punto se sigue en dirección N. E., hasta encontrar ciento veinte metros una palma marcada con el número seis (6); se sigue luego en dirección NW, hasta encontrar a los cincuenta y ocho me-

tros (58) un mojón marcado con el número siete (7); se sigue en dirección S. 30º N. hasta encontrar a los cincuenta (50) metros y sobre un filo el mojón marcado con el número ocho (8); se sigue por el curso de un filo en dirección N. 71º E. hasta encontrar a los treinta y un metros el mojón marcado con el número nueve (9); de aquí se sigue en dirección N. E. en línea quebrada de dos lados hasta encontrar a los ciento veintiseis metros (126) y sobre el río Lá el mojón marcado con el número once (11) lindando a la izquierda, en todos estos puntos, con predio de Antonio Linares; de allí se vuelve en dirección S. W. por todo el río aguas arriba hasta encontrar a los ciento tres (103) metros un guamo marcado con la letra C.; se sigue en dirección S. W. hasta encontrar a los cuarenta y cinco (45) metros un Bayo marcado con la letra D., lindando a la izquierda con el lote de La Planta; de este punto se sigue hacia el sur hasta encontrar la tubería; por esta tubería aguas arriba, hasta encontrar sobre el camino arriba del tanque desarenador, un mojón marcado con el número doce (12), lindando a la izquierda con el lote del Brasil; de aquí se sigue por este camino en dirección S. W. hasta encontrar a los ciento cincuenta y seis (156) metros y sobre el camino de La Huerta el mojón marcado con el número trece (13), punto de partida, lindando a la izquierda con el lote del Brasil".

Segundo.—Los demandados deben restituír el inmueble referido a la sucesión y a la sociedad conyugal ilíquidas nombradas dentro del término de quince días contados a partir de la ejecutoria del auto en que se ordene cumplir esta sentencia.

Tercero.—Condénase a la parte demandada a restituír a dichas sucesión y sociedad conyugal ilíquidas los frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la notificación de la demanda.

Cuarto.—Se liquidarán los frutos y se estimarán las mejoras que sean de cargo de la parte actora, así como las demás prestaciones a que haya lugar, teniendo a los demandados como poseedores de buena fe, y mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

Quinto.—No se hace la declaración Tercera pedida en la demanda, por ser innecesaria; ni se da la orden solicitada en la petición cuarta, por no haber constancia del embargo a que se refiere, ni la impetrada en la petición quinta, por aparecer ya registrada la diligencia de remate del inmueble.

Sexto.—No se condena en las costas causadas en las instancias, ni en el recurso.

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

José Hernández Arbeláez.—José J. Gómez R. Manuel Barrera Parra.—Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse.—Luis Felipe Latorre.—Julio Pardo Dávila. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO SON APLICABLES A LA HERENCIA YACENTE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL TRAMITE ATINENTE A LA CITACIÓN DE PERSONAS INCIERTAS

El discernimiento de la curaduría de la herencia yacente es de orden público, se puede hacer a solicitud de toda persona interesada en ella y aún de oficio por el Juez. Pero no está al arbitrio de quien quiera que con la herencia yacente continúe el juicio, el sustituir con ningún otro procedimiento la regulación legal de aquella guarda. Menos todavía con el trámite judicial atinente a la citación de personas inciertas, desde luego que la herencia no tiene personalidad.

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

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

El 31 de enero de 1916 Daniel Posada, Darío Bolaños, Celestino Ordóñez, Miguel Velasco, Martín Cerón, José Ordóñez, Dalio Urbano, Gonzalo y Luis Bravo demandaron el deslinde y amojonamiento del fundo indiviso denominado "El Palmar", en la sección de "San Gerardo", Municipio de La Cruz, Departamento de Nariño.

La intención del libelo iba encaminada a obtener el señalamiento de todos los límites de la comunidad de "El Palmar", excepto los arcifinios. Y apenas se adelantaba con retardo la dispendiosa tarea de notificar el auto admisorio de la demanda y de correr los traslados respectivos a las innumerables personas interesadas por los predios colindantes, cuando empezó el proceso a sufrir diversas paralizaciones y vicisitudes, como la de que el Juez del Circuito de La Cruz, donde se ventilaba, admitiese en 15 de octubre de 1932 con el carácter de corrección de la demanda inicial, un escrito en que varios de los demandados pidieron que el deslinde versara exclusivamente sobre la línea divisoria entre "El Palmar" y las heredades de Quillal y Cerronegro y La Horqueta.

Sin notificar permaneció tal providencia por varios años. El negocio fue radicado nuevamente en enero 22 de 1934, en enero 22 de 1935 y en enero 23 de 1936. Después del abandono, de actuaciones esporádicas y de nuevas y largas suspensiones, cuando ya habían muerto varios de los demandantes, del propio modo que el apoderado de toda la parte actora, el Juez en 28 de mayo y 27 de junio de 1947 despachó el reconocimiento de dos poderes y dispuso que los autos se notificaran personalmente, según el artículo 322 del Código Judicial, por haber permanecido el proceso en suspenso por más de seis meses. Y con fundamento en que después de esas dos providencias habían transcurrido mucho más de tres días, resolvió en su auto del 20 de agosto siguiente (1947), que la notificación se hiciera por el edicto de que trata la segunda parte de dicho artículo 322 del Código Judicial, edicto que se publicó en "El Radio", periódico particular de Pasto.

Posteriormente, con apoyo en el hecho de haber muerto desde el 2 de marzo de 1943 el apoderado de todas las personas integrantes de la parte actora, el nuevo procurador de Miguel Velasco pidió, y el Juez dispuso en auto del 15 de septiembre de 1948, la suspensión del proceso según el numeral 4º, artículo 370 del Código Judicial, mientras se hacía saber, por medio de notificación personal a los demandantes la expiración del mandato por ellos conferido.

El 13 de diciembre del propio año de 1948, el representante de los demandados solicitó que como con motivo del fallecimiento de algunos de los demandantes, sus sucesores eran inciertos y no se sabía en rigor quiénes fuesen las personas que hubieran de intervenir en el juicio a nombre de aquellos demandantes, se hiciera la notificación personal del auto del 15 de septiembre en la forma determinada por el artículo 317 del Código Judicial.

El Juez aceptó la solicitud, y en auto del día día siguiente, 14 de diciembre de 1948, dispuso:

"Por medio de edicto emplazatorio que será fijado en la Secretaría de este Juzgado por el término de un mes y publicado por tres (3) veces en la Gaceta Departamental, cítase a los representantes de las sucesiones de los señores Darío Bo-

laños, Celestino Ordóñez, Martín Cerón, José Ordóñez y Dalio Urbano, para que en el término del emplazamiento y diez (10) días más se presenten a este Despacho a hacer valer sus derechos en el juicio especial sobre deslinde y amojonamiento del fundo de "El Palmar".

"Si vencido el término no se presentaren, el Juzgado procederá a designar un curador ad litem que los represente en este litigio".

Como este proveído quedara en firme, después de surtidos los recursos de reposición y subsidiario de alzada, y como además ninguna persona se hiciera eco del emplazamiento, el proceso continuó con la intervención de curador ad litem, quien, a raíz de la diligencia respectiva, se opuso al deslinde practicado, y prosiguió el trámite por la vía ordinaria.

Se pidió en la oposición que se improbara y sustituyera con la que ahí se determina, la línea señalada por el Juzgado, o que en subsidio se decretara la nulidad del juicio.

En sentencia del 8 de octubre de 1952, el Juez del Circuito de La Cruz despachó en forma adversa las súplicas de la oposición; fallo que fue confirmado plenamente por el Tribunal Superior de Pasto con fecha 10 de marzo de 1954.

El recurso de casación interpuesto ante la Corte se funda en las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Se inicia el estudio por la 6ª, tanto por referirse a vicios en el procedimiento, como porque si se encuentra probada no es el caso de considerar la restante (Artículo 538 ibidem).

"La causal 6ª a que me acojo —dice el recurrente— permite en casación la alegación de algunas nulidades de todos los juicios, contempladas en el artículo 448 del Código Judicial. La tercera de esas causales se contempla en el presente juicio, a partir del mencionado auto del 15 de septiembre de 1948, y estriba en 'la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio'.

"En efecto. Respecto de Darío Bolaños ya se sabe que sin comprobación ninguna se le ha dado por muerto con el fin de emplazar a sus sucesores, sin averiguar quiénes son.

"Y respecto a Celestino Ordóñez, Martín Cerón, José Ordóñez y Dalio Urbano, el emplazamiento que se hizo de los representantes de sus sucesiones, son aplicación del artículo 317 del Código Judicial, según el pedimento de la contraparte, estimando que dichos representantes son inciertos, carece por completo de eficacia legal . . . . . ".

Estima la demanda de casación que el artículo 317 es inaplicable a los representantes de las herencias, "las cuales —expresa— nunca tienen el carácter de personas inciertas. La herencia es una entidad cierta y determinada, como ciertos y determinados tienen que ser sus representantes, que, o son los herederos del causante, legítimos o testamentarios, que la hayan aceptado, o es el curador de la herencia yacente, cuando no hay tales herederos, según el artículo 1297 del Código Civil, o es el albacea con tenencia y administración de bienes, artículo 1355 ibidem".

Se detiene en seguida el recurrente para presentar varias doctrinas sentadas en relación con el artículo 315 del antiguo Código Judicial, que considera pertinente todavía por el aspecto de preceptos sustantivos que organizan la representación de la herencia, y concreta el cargo así:

"De ahí que un emplazamiento como el que se formuló en este juicio, antes de que se consumara el señalamiento de la línea divisoria, 'a los representantes de las sucesiones' mencionadas en el edicto, como inciertas, es un contrasentido legal que no puede tener valor de ninguna clase. De no sancionarse con la nulidad semejante absurdo legal, ese sería el sistema más expedito para obtener fallos de la justicia condenatorios de la herencia, a espaldas de sus verdaderos representantes, quienes a la hora menos pensada podrían ser sorprendidos con la fulminación de la condena".

Se considera:

La herencia no es persona indeterminada o incierta: simplemente carece de personalidad. Si hay heredero que acepta, su interés, por cuanto ocupa el lugar jurídico del causante, se ventila en juicio activa o pasivamente. Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no aparece heredero, se predica la yacencia y procede el nombramiento del respectivo curador de bienes, quien de esa manera sostiene la personalidad jurídica del difunto, hasta cuando se presente la aceptación del heredero, o hasta cuando la herencia yacente se liquide en conformidad con las normas civiles. Toca al curador atender a las acciones que puedan suscitarse en pro o en contra del patrimonio herencial. (Artículo 573 del Código Civil).

El discernimiento de esa curaduría es de orden público, se puede hacer a solicitud de toda persona interesada en ello y aún de oficio por el

Juez. Pero no está al arbitrio de quien quiera que con la herencia yacente continúe el juicio, el sustituir con ningún otro procedimiento la regulación legal de aquella guarda. Menos todavía con el trámite judicial atinente a la citación de personas inciertas, desde luego que la herencia no tiene personalidad.

Si las herencias de los demandantes Martín Cerón, Celestino Ordóñez, José Ordóñez y Dalio Urbano eran yacentes, desde luego que muertos en 10 de marzo de 1931, 30 de enero de 1932, 14 de marzo de 1936 y 18 de octubre de 1939, respectivamente, no conocía sus herederos el procurador de los demandados cuando hizo la solicitud de emplazamiento en 13 de diciembre de 1948, resulta claro que se pretermitió por el Juez el cumplimiento de reglas de orden público que organizan la guarda de la herencia yacente y el discernimiento del respectivo curador para la legitimación en el proceso.

No puede entenderse, entonces, que la relación jurídico procesal continuara válidamente ligada al lugar que ocupaban en el juicio las personas fallecidas de que se ha hecho mención, cuyo vacío no se ha colmado con arreglo a derecho. Y si, como sucede en el presente negocio, no hay curadores de las herencias yacentes de Martín Cerón, Celestino Ordóñez, José Ordóñez y Dalio Urbano, cuyas defunciones sí están acreditadas en los autos, ni aparece prueba de la existencia de herederos que aceptaran y suscribiesen inventario, no hay tampoco quien pudiera sanear la nulidad estatuída en la causal 3ª, artículo 448 del Código Judicial, por falta de citación o emplazamiento de personas que han debido ser llamadas al proceso.

Está en la naturaleza jurídica del juicio de deslinde y amojonamiento que pueda terminar por vía rápida, cuando la línea señalada cuenta con la aquiescencia plena de las partes. O que continúe abierto como plenario, sin dejar de ser deslinde y amojonamiento, puesto que conserva su finalidad en derecho, cuando alguno se opone en todo o en parte a los límites fijados en la diligencia de apeo. Por manera que la nulidad dentro de la primera fase del procedimiento, impide la continuación válida del juicio en su ulterior desarrollo.

Demostrada como se encuentra la causal 6ª para invalidar el procedimiento, resta determinar si existe legitimación en el recurso para aducirla con eficacia. Y como quiera que el apoderado recurrente en casación representa no sólo al curador *ad litem*, quien podría estar impedido para proponer su propia incapacidad procesal como fundamento de su alegación, sino que además el recurrente obra como apoderado de varias otras personas que integran la parte actora, entre ellas Miguel Velasco, uno de los demandantes iniciales del deslinde, no hay duda de que está plenamente capacitado en razón del litis consorcio necesario existente en este caso, para invocar la nulidad de que se trata como causal de casación, cuyo efecto es integral, en el sentido de que el proceso no podría ser válido para unos y nulo para otros de los que constituyen la misma parte litigante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 10 de marzo de 1954, y en su lugar

Resuelve:

1º—Es nulo el presente juicio a partir de lo actuado con posterioridad al auto que dictó el Juez del Circuito de La Cruz con fecha 15 de septiembre de 1948.

2º—Vuelva el proceso al Tribunal de su origen para que determine lo procedente con arreglo a derecho (Artículo 540 del Código Judicial).

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — Ignacio Gómez Posse. — Agustín Gómez Prada. —José J. Gómez R. — Luis Felipe Latorre. — Julio Pardo Dávila. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario

NO ES POSIBLE ACUMULAR, NI SIQUIERA EN FORMA SUBSIDIARIA, ACCIONES CUYOS FUNDAMENTOS SEAN CONTRADICTORIOS. — PUEDEN ACUMULARSE SUBSIDIARIAMENTE LA ACCION DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LA REIVINDICATORIA. — ERROR DE DERECHO EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—Si en un juicio ordinario se pide que se declare que ha terminado un contrato de arrendamiento y que como consecuencia de esto se ordene la restitución del inmueble arrendado, este hecho no configura una acción de lanzamiento, y por eso apenas podrá haber lugar a denegar dicha restitución.

2.—La calificación de las acciones y los textos señalados como configuración jurídica de aquéllas, no determinan una pauta inflexible en la tarea de juzgar. Lo que importa son los hechos. La calificación de ellos puede tener importancia, pero necesariamente no la tiene. Los hechos generan las situaciones jurídicas y éstas las acciones de que se vale el hombre para lograr del Estado la tutela de sus derechos; pero las situaciones jurídicas se producen cualesquiera que sean los preceptos de la ley que se citan en la demanda y los nombres con que se denominen las acciones que se ejerzan y aun los hechos generadores.

3.—El error en la interpretación de la demanda, sólo por excepción es de derecho, v. gr. cuando a la confesión que en ella se hace, se atribuye mérito de confesión extrajudicial, siendo judicial.

4.—Todo error de derecho en la apreciación de pruebas implica una doble infracción legal: la del precepto de orden probatorio, que el sentenciador desatendió dando a la prueba un valor que no tiene, o negándole el que tiene; y la de los preceptos tocantes al fondo de la acción. Si, pues, cuando en casación se acusa por esta clase de error no se cita el precepto de orden probatorio, es imposible saber si en la estimación de la prueba que se dice fue mal apreciada se incurrió en error de derecho.

5.—No es posible acumular en una demanda, ni aún en forma subsidiaria, acciones cuyos fundamentos sean contradictorios. Así no son nunca acumulables las acciones respecto de las cuales la elección de cualquiera de ellas destruye la otra, como, por ejemplo, la doble acción alternativa del artículo 1546 del C. C., según el cual elegida la de resolución, desaparece la de cumplimiento, o viceversa; o también la pena y la indemnización que, según el artículo 1600 del citado Código, no se pueden pedir a un tiempo si no se ha estipulado, de modo que en aquel caso, elegida la pena, queda eliminado el resarcimiento, y viceversa.

Tampoco pueden acumularse nunca las acciones que por cualquier otro motivo se consideren incompatibles, es decir, las acciones de las cuales no puede subsistir ninguna, porque todas ellas se aniquilan recíprocamente, desde el punto de vista de las ideas, nociones o conceptos lógicos o jurídicos; como, por ejemplo, la acción posesoria de recuperación y la posesoria de perturbación, pues si se acepta la primera —que se basa en el hecho de haber perdido la posesión— la otra queda sin apoyo, por fundarse en el hecho contrario de conservarla, y viceversa. Puede citarse igualmente el caso de la acción que persigue el reconocimiento del actor como dueño y la que demande que se le reconozca como arrendatario del demandado.

6.—Se pueden acumular, subsidiariamente, las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación, porque ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad de dueño por parte del actor, y no hay incompatibilidad en que un propietario que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud que éste ha asumido en el desarrollo, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el

contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Recurrió en casación el demandado contra la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el 12 de marzo de 1954 y proferida en el juicio ordinario de Alfonso Vélez contra Marco Tulio Cadavid.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1. — Alfonso Vélez promovió demanda contra Marco Tulio Cadavid ante el Juez del Circuito de Antioquia, en la cual pide se hagan estas declaraciones:

"A) Que el contrato de arrendamiento de que se hizo mérito en el hecho segundo de este libelo de demanda, terminó desde el día diez de julio del presente año de mil novecientos cincuenta y dos, fecha de la inscripción de la escritura número cincuenta y dos, de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, por la cual el señor Juan J. Pereira vendió la finca denominada "Lomas de Fortuna", situada dentro de la comunidad de Fortuna a mi poderdante señor Alfonso Vélez H. y que, en consecuencia, el señor Marco Tulio Cadavid está en la obligación de entregarle la finca especificada en el hecho primero de este escrito de demanda, al señor Alfonso Vélez H., dentro del término que se le fijare; o mejor, que se decrete el lanzamiento del señor Marco Tulio Cadavid de la expresada finca 'Lomas de Fortuna'.

"B) Que se le condene en las costas de este juicio, ni se opusiera a él.

"Como declaratoria subsidiaria, pido lo siguiente:

"Como en virtud de la escritura número cinco mil cuatrocientos setenta y cuatro, de ocho de julio de mil novecientos cincuenta y dos, de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, el señor Alfonso Vélez H. es dueño exclusivo de la finca territorial llamada 'Lomas de Fortuna', situada dentro de la comunidad de Fortuna, en el Municipio de Buriticá, y alinderada así: 'Por el oriente, el río Cauca; por el sur la quebrada Malpaso, hasta sus cumbres; se sigue de travesía por cercos de alambre y Barrancos, hasta un portón que hay en el llano del Tigre, colinda en este lado con propiedad de Francisco Cadavid; por el occidente, se parte del portón ya citado en el Llano del Tigre, se sigue por un filo abajo, hasta encontrar otro portón colinda con propiedad del mismo Francisco Cadavid; por el norte, se parte de este portón, y por un alambrado hasta donde termina, colinda con predio de Nazario Usuga; de allí a buscar una cañada abajo, hasta ponerse en frente de una meseta, donde hay un aguadero, llamado Cañaveral; de aquí en travesía pasando por un cascarillo en la loma del avinge a buscar la cañada Chascarral, cañada abajo al río Cauca lindando con predio de la señora Amelia Uribe de H., y de aquí al río Cauca, primer lindero'. Y en consecuencia, el señor Marco Tulio Cadavid, está en la obligación de restituirle la mencionada finca 'Lomas de Fortuna', como dije, al señor Alfonso Vélez H., dentro del corto plazo que se le fijare".

2.—El demandado se opuso a las pretensiones del actor, alegando, en síntesis, que no había celebrado contrato alguno de arrendamiento sobre el fundo en referencia, y aún lejos de ser arrendatario es poseedor de él.

3.—La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por haberla hallado inepta, en razón de que el actor no tenía sino derechos de cuota en el inmueble a que se contrae el libelo, motivo por el cual debió demandar para la comunidad y no para sí mismo.

4.—Apelado este fallo el Tribunal resolvió:

"Se revoca la sentencia de diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), originaria del Juzgado del Circuito de Antioquia y en su lugar se decide el litigio de la siguiente manera:

"1º—Se declaran no procedentes las excepciones propuestas;

"2º—Por las razones expuestas en la parte motiva, no prospera la acción principal deducida en el libelo;

"3º— Prospera la acción de dominio deducida subsidiariamente. En consecuencia, se declara que pertenece a Alfonso Vélez H. la finca territorial denominada 'Lomas de Fortuna', comprendida dentro de la comunidad de Fortuna, ubicada en el Municipio de Buriticá y delimitada así: Por el oriente, el río Cauca; por el sur, la quebrada Malpaso, hasta sus cumbres; se sigue de travesía por cercos de alambre y barrancos, hasta un portón

que hay en el Llano del Tigre, colinda en este lado con propiedad de Francisco Cadavid; por el occidente, se parte del portón ya citado en el Llano del Tigre, se sigue por un filo abajo, hasta encontrar otro portón colinda con propiedad del mismo Francisco Cadavid; por el norte, se parte de este portón y por un alambrado hasta donde termina, colinda con predio de Nazario Usuga; de allí a buscar una cañada; cañada abajo, hasta ponerse en frente de una meseta donde hay un aguadero, llamado Cañaveral; de aquí en travesía pasando por un cascarillo en la loma del avigo a buscar la cañada Chascarral, cañada abajo al río Cauca lindando con predio de la señora Amelia Uribe de R., y de aquí al río Cauca, primer lindero'.

"4º—El demandado como poseedor de buena fe sólo es responsable de los frutos percibidos o que el demandante hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, con posterioridad a la contestación de la demanda;

"5º—El actor Vélez H. debe al demandado el importe de las mejoras que mediante el trámite de una articulación, acredite éste que implantó en el fundo sobre que versa la acción de dominio. Se declara que tiene derecho a retener.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

La Corte procede a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el demandado, agotado como está el trámite legal.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causales y cargos

Cinco cargos se formulan con apoyo en la causal primera, de los cuales tratará la Sala en este orden: I. Cargos primero, tercero y quinto II. Cargo cuarto. III. Cargo segundo.

I

Cargos primero, tercero y quinto

Se trata de ellos en un mismo capítulo por referirse todos a errores en la interpretación de la demanda.

Cargo Primero

1.—Consiste en la violación indirecta por indebida aplicación de los artículos 209, ordinal 2º, 250, 471, inciso final y 593 del C. J., a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la demanda y en la falta de apreciación del poder (f. 1, C. 1º) y la diligencia de requerimiento (f. 2 ib.).

2.—El error consiste en haber interpretado la demanda en el sentido de que la acción que ejerce el actor en la primera petición, no es la de lanzamiento, sometida al trámite especial del capítulo 1º, Título XXXVII del Libro II del C. J., sino una distinta, encaminada a obtener la declaración de haber expirado el contrato de arrendamiento que el demandante afirma había celebrado el reo con el antecesor de él y que puede ventilarse en juicio ordinario.

Interpretado así el libelo, la sentencia quebranta aquellos preceptos, especialmente el ordinal 2º del artículo 209 del C. J., según el cual la acumulación objetiva de acciones exige que todas "puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial", siendo así que la de lanzamiento —de que trata la petición principal— y la de reivindicación —a la cual se refiere la subsidiaria— no están sujetas al mismo trámite judicial.

Se considera:

3.—No existe el error de hecho alegado, por estos motivos:

1º La razón que el sentenciador tuvo en cuenta para no ver en la primera petición una acción de lanzamiento, sino una acción encaminada a obtener la declaración de extinción del arrendamiento, es la de que no teniendo el actor esa prueba no podía entablar juicio de lanzamiento, pues los preceptos legales al respecto la exigen indispensablemente. Es exacto que el artículo 1104 del C. J. exige que con la demanda de lanzamiento se presente la prueba del contrato y la de haber éste expirado; y es legal, según el artículo 734 ib., que en juicio ordinario se pueda impetrar la declaración sobre terminación de un contrato de arrendamiento; pero, no lo es que se pida la restitución de la finca, esto es, el lanzamiento, como consecuencia de la expiración del contrato, porque para esto ha señalado la ley el procedimiento especial del Capítulo 1º, Título XXXVII del Libro II del C. J. Por medio de un juicio ordinario no se lanza; para ello está previsto el expresado trámite especial de lanzamiento.

2º—El hecho de haber pedido la restitución, como efecto de la terminación del arrendamiento, no caracteriza la primera petición de la demanda, o sea la dirigida a obtener la declaración de

haber expirado el contrato y la irregularidad de haber sido impetrada la restitución en un juicio ordinario, como si se tratara de un lanzamiento, apenas podría dar lugar a negar dicha restitución, mas no a configurar por ella una acción de lanzamiento, como efecto de la declaración de haber expirado el contrato.

3º—Las palabras finales de la petición primera: "...o mejor, que se decrete el lanzamiento del señor Marco Tulio Cadavid de la expresada finca", no desnaturalizan la acción en su objetivo principal, de obtener la declaración sobre extinción del contrato, con apoyo en la prueba de éste, de que carecía el demandante.

4º—Ni la calificación de las acciones, ni los textos señalados como configuración jurídica de aquéllas, determinan una pauta inflexible en la tarea de juzgar. Lo que importa son los hechos. La calificación de ellos puede tener importancia, pero necesariamente no la tiene. Los hechos generan las situaciones jurídicas y éstas las acciones de que se vale el hombre para lograr del Estado la tutela de sus derechos; pero las situaciones jurídicas se producen cualesquiera que sean los preceptos de la ley que se citen en la demanda y los nombres con que se denominen las acciones que se ejerzan y aun los hechos generadores. Ello consulta mejor los intereses de la justicia, cuyo imperio moral universal y cuya dispensación concreta a los asociados, no puede depender de factores tan inciertos e inseguros. Es menester atender a la intención de los actos humanos, porque en la intención radican sus objetivos. Por ello, si prescribir la ley que en la interpretación de los contratos se atienda primordialmente a la intención de las partes, consagra tan sólo una regla trivial de conducta forense. Y de la misma manera, la doctrina cuando, en lo tocante a la interpretación de la demanda, que es acto propicio a inexactitudes y deficiencias, enseña que, mientras éstas se circunscriban a las palabras empleadas o a los textos invocados, no tienen por qué influir en la función de administrar justicia. En una palabra, la interpretación del Tribunal no pugna a la evidencia, y por tanto, no se acoge el cargo.

Cargo tercero

4.—Consiste en haber interpretado la demanda con error de hecho, por haber considerado el sentenciador "que estuviera dirigida contra el actual poseedor del inmueble, con infracción, por aplicación indebida, de los artículos 762, 946 a 952 del C. C., siendo así que el actor dice en el hecho quinto que el reo "se niega a la entrega alegando posesión y dominio de la finca", y agrega: "Y no es cierto, ni lo uno ni lo otro, como lo comprobaré dentro del juicio en la debida oportunidad.

Se considera:

5.—Descartada la acción introducida en primer término, por falta de prueba del contrato de arrendamiento, entra a operar la incoada en segundo término, o sea la reivindicatoria, previa una declaración de pertenencia.

Por lo que respecta a esta declaración, el carácter de poseedor en el demandado, no es necesario. Cuanto a la reivindicación, sí, porque esta acción se encamina contra quien desconoce el derecho del dueño, en la forma más categórica, significativa y de mayores consecuencias: poseyendo la cosa sobre la cual recae el derecho, por ignorar que es ajena o sabiendo que es ajena o considerar que tiene mejor derecho a ella, y en todo caso en vía de usucapirla o de reforzar o sanear sus títulos mediante la prescripción.

A este respecto el actor afirma en la demanda que "en el supuesto caso de ser poseedor (el reo), como él mismo lo afirma, sólo alega una posesión de veintidos meses". Al aceptar el Tribunal a Cadavid con el carácter de poseedor, en la forma subsidiaria en que se ha promovido la reivindicación, no estimó erróneamente la demanda, porque al referirse Vélez al aserto de Cadavid, lo acoge subsidiariamente, circunscrito a veintidos meses de posesión. En estas circunstancias es realmente imposible que la estimación del sentenciador contrarie la evidencia producida en este punto por la demanda, y por ello el cargo no prospera.

Cargo quinto

Dice así:

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida.

"Ley sustantiva violada: Art. 209 ordinal 3º del C. J.; arts. 1.973 y 775 del C. C., arts. 669 y 946 id., arts. 947 hasta el 952 del C. C.

"La violación de estas normas es consecuencia de la apreciación errónea de la demanda, lo que llevó al fallador a cometer un error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos

"Error de derecho: que la afirmación de un contrato de tenencia, envuelve la negación del hecho de la posesión, y que la existencia de este hecho es indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

"Al estudiar la demanda, la interpretación del Tribunal fue correcta hasta donde afirma que como principal se propuso la acción declarativa de la terminación de un contrato de arrendamiento cuya prueba también se pretendía en el juicio, pero de esta constancia procesal no concluyó, por las características del contrato de arrendamiento, su fundamento jurídico inconciliable con el de la acción reivindicatoria".

Se considera:

7.—En primer lugar, el cargo está formulado en forma asáz confusa. En segundo lugar, el error en la interpretación de la demanda, sólo por excepción es de derecho, v.gr., cuando a la confesión que en ella se hace, se atribuye mérito de confesión extrajudicial, siendo judicial. En el caso presente no se explica en qué consiste el error **de derecho** en la estimación del libelo. Y por último, todo error de derecho en la apreciación de pruebas —y la demanda es una prueba— implica una doble infracción legal: la del precepto de orden probatorio, que el sentenciador desatendió dando a la prueba un valor que no tiene, o negándole el que tiene; y la de los preceptos tocantes al fondo de la acción. En este caso fueron citados estos últimos, mas no aquél y de esta manera es imposible saber si en la estimación de la demanda se incurrió en error de derecho, esto es, en violación inmediata de un texto legal sobre el valor de la prueba, con la includible repercución en el ámbito sustantivo de la ley.

Por ello, no se acoge el cargo.

III

Cargo Cuarto

Hay infracción, por no haberlos aplicado, de los artículos 209, ordinal 3º del C. J., 669, 775, 946 a 952 y 1973 del C. C., debido a que los fundamentos de las acciones incoadas son incompatibles, pues al paso que la primera afirma un estado de mera tenencia, la segunda se apoya en una situación poseoria.

Se considera:

1º—Según el artículo 209 del C. J., se pueden ejercer varias acciones en una misma demanda, con tal que haya **unidad de competencia** e **identidad de procedimiento**, y sean, además, **compatibles entre sí**. Empero, en relación con este último requisito, pueden ser **contrarias** si se proponen en forma **subordinada** o **eventual**.

Mas, si aún en esta forma pueden incoarse, si hay entre ellas **oposición** o **contradicción**.

2º—La Corte ha hecho copiosa aplicación de esta regla. En sentencia de 2 de abril de 1932 (Sala de Negocios Generales, XL, 240) declara que hay **contradicción** entre la acción de despojo y la de perturbación, motivo por el cual no se pueden proponer en una misma demanda, ni aún en forma subsidiaria. Las casaciones de 30 de marzo de 1936 (XLIII, 752) y de 30 de abril de 1937 (XLV 114), exponen al doctrina general sobre las distintas especies de acumulación objetiva y subjetiva. La de 23 de septiembre de 1938 (XLVII, 245) enseña que no se pueden introducir sino en forma subsidiaria, las acciones alternativas del artículo 1546 del C. C. La de 12 de diciembre de 1940 (L. 1966, 934) reza que no hay **contradicción** entre la petición de condena al pago de una suma de pesos determinada —como valor de la cosa debida— y la subsidiaria de pagar la que señalen peritos. Las de 19 de agosto de 1940 (XLIX, 823) y 9 de febrero de 1944 (LVII, 44) admiten la acumulación en forma subsidiaria, de la acción de simulación y la de nulidad a causa de demencia de una de las partes. La de 24 de marzo de 1942 (LIII, 262), autoriza la acumulación eventual de la acción de simulación y de la acción de rescisión por lesión enorme. De la misma manera la de 10 de diciembre del citado año (LIV, Bis. 317), respecto de la de simulación y la de resolución: la de 9 de marzo de 1943 (LV, 45), en relación con la de nulidad y la de resolución; la de 8 de noviembre del mismo año (LVI, 269) respecto de la acción dirigida a que se declare la preferencia del registro en el caso del artículo 1873 del C. C., y la de nulidad absoluta contenida en otro contrato. Según la de 14 de julio de 1945 (LIX, 348) se pueden acumular en forma subordinada, las acciones de un contrato de arrendamiento y de reivindicación. La de 26 de junio de 1947 (LXII, 475) considera que no se pueden ejercer simultáenamente la acción resolutoria y la de cumplimiento del contrato, y la de nulidad de un contrato por incapacidad absoluta de una de las partes y la de simulación. Según la de 7 de abril de 1949, (Sala de Negocios Generales, LXV, 846), no son contradictorias y por tanto se pueden proponer subordinadamente, la que persigue la declaración de ser propietario y la de ser copropietario (LXV, 846). Y la casación de 12 de agosto de 1948 (LXIV 706) recomienda un criterio amplio en la apreciación de las diversas acciones ejercidas en un mismo libelo, pues "aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C.

J., la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal la sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativas y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución".

3º—Teniendo en cuenta el criterio de la jurisprudencia y de la doctrina (V. Eduardo Pallares "Tratado de las Acciones Civiles" 2ª ed., pág. 102 y ss. Hernando Morales "Curso de Derecho Procesal Civil". Parte General. 1ª ed. p. 277. Antonio J. Pardo "Tratado de Derecho Procesal Civil", tº 1º p. 256), los fundamentos de las acciones que se hacen valer en la demanda, si bien son diversos e incompatibles entre sí, no son **contradictorios**, de modo que ejercidas subsidiariamente, se ajustan a la exigencia del ordinal 3º del artículo 209 del C. J. En efecto:

Como lo anota la sentencia, los fundamentos de las acciones que pueden acumularse en una misma demanda, son de tres especies: 1) **Idénticos**; 2) **diversos**, pero **compatibles** y 3) **diversos e incompatibles**. Hay una cuarta especie de fundamentos, los **contradictorios**, mas no para autorizar la acumulación, así sea subsidiaria, sino para todo lo contrario: para negarla, y a los cuales se refiere la última parte del ordinal 3º del artículo 209 del C. J. Conviene traer algunos ejemplos a fin de hacer más clara la doctrina.

1) **Fundamentos idénticos**: de la acción tendiente a obtener la entrega de la cosa debida y de la encaminada a que se pague su valor en dinero. Fundamento de ambas: la falta de cumplimiento del contrato. Se comprende que no hay el menor inconveniente en acumularlas en forma subsidiaria.

2) **Fundamentos diversos, pero compatibles**: a) de la acción de rescisión de un contrato, por error de una de las partes y de la dirigida a obtenerla por dolo sufrido por la misma parte. Fundamentos diversos de ambas: el error y el dolo; empero, son compatibles, por la finalidad que tienen. b) de la acción de dominio y de la publiciana: aquélla se funda en la titularidad del derecho, en tanto que ésta se basa en la mera posesión regular; sin embargo, las causas son compatibles, por el objetivo de recuperar el bien. Tampoco hay óbice en acumularlas en forma eventual o subsidiaria.

3) **Fundamentos diversos e incompatibles**: a) de la acción de nulidad absoluta del contrato y de la de resolución del mismo; b) de la de simulación y de la resolución. La diversidad es obvia. La incompatibilidad resulta de que la resolución parte de la existencia del contrato, en tanto la nulidad absoluta parte de la inexistencia, y la simulación, de la ineficacia del contrato aparente.

4) **Fundamentos contradictorios**. Se refiere a ello la segunda parte del ordinal 3º del artículo 209 del C. J., que dice: "Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". Este precepto comprende:

A) Las acciones respecto de las cuales la elección de cualquiera de ellas destruya la otra, v. gr.: a) la doble acción alternativa del artículo 1546 del C. C., según el cual elegida la de resolución, desaparece la de cumplimiento, o viceversa. Dicho precepto otorga una sola de ellas, a elección del acreedor, pero no las dos, siquiera en forma condicional; b) la pena y la indemnización no se pueden pedir al tiempo, si no se ha estipulado, según el artículo 1600 del citado Código: en aquel caso, elegida la pena, queda eliminado el resarcimiento, y viceversa. No se pueden, pues incoar ni aún en subsidio.

B) Las acciones "que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". Se refiere sin duda la disposición a aquellas cuyos fundamentos están en absoluta contradicción, de manera que el fundamento de una sea la negación absoluta del fundamento de la otra. Es decir, de las acciones no puede subsistir ninguna, porque todas ellas se aniquilan recíprocamente, desde el punto de vista de las ideas, nociones o conceptos lógicos o jurídicos. Se ha apelado al principio de contradicción para saberlo, pero la misma Corte aconseja emplear este criterio con suma prudencia, a fin de no sacrificar o él el derecho (sentencia de 26 de junio de 1947, LXII, 475). La Corte registra como ejemplo de este caso la acción posesoria de recuperación y la posesoria de perturbación, según la citada sentencia de 2 de abril de 1932 (240), pues si se adopta la primera —que se basa en el hecho de haber perdido la posesión— la otra queda sin apoyo, por fundarse en el hecho contrario de conservarla, y viceversa. Puede citarse igualmente el caso de la acción que persiga el reconocimiento del actor como due-

ño y la que demande que se le reconozca como arrendatario del demandado. Se comprende que ni aun subsidiariamente se pueden proponer.

Se sigue de lo expuesto que siempre que se trate de fundamentos idénticos, diversos pero compatibles y diversos e incompatibles, procede la acumulación, mas siempre en forma subordinada, subsidiaria o eventual.

9º—De las acciones acumuladas en este caso, una se dirige a obtener la declaración de que el arrendamiento expiró por el hecho de la venta del inmueble y a la entrega del mismo; la otra, subsidiaria, pide se declara la pertenencia y se ordene la restitución del fundo. La causa de las dos acciones no es idéntica; no son simplemente diversas —como lo estima el fallo— sino incompatibles, pues al paso que la primera busca la restitución, como prestación que genera el arrendamiento, la segunda la persigue como efecto peculiar de la propiedad cuando otro alenta contra ella poseyendo el bien sobre el cual recae. Son causas incompatibles, pero no contradictorias, porque la una no es la negación de la otra, ya que ambas reposan en la titularidad del dominio en el actor. Así lo dijo la Corte en la citada casación de 14 de julio de 1945 (LIX, 348): "De acuerdo con el artículo 209 del C. J., son perfectamente acumulables las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación. En la de cesación del contrato de arrendamiento sostiene el actor su carácter de poseedor y el demandado es simple tenedor. En la acción de dominio el actor sostiene que el demandado es el poseedor. Ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad del dueño por parte del actor. No hay incompatibilidad en que un propietario, que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud que éste haya asumido en el desarrollo, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad".

Se desecha, por tanto, el cargo.

Cargo Segundo

10.—Consiste en haber cometido el fallador errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas con violación, por aplicación indebida, de los artículos 946 a 952, 1760, 2637, 2652 y 2673 del C. C., 597, 687, 688 y 690 del C. J.

11.—Las pruebas erróneamente apreciadas son: "Requerimiento, a folio 2; R. P. 5474 a folio 5; libelo de demanda a folios 7 y ss. Contestación de la demanda a folio 15; copias tomadas del juicio sobre pertenencia de Juan J. Pereira: f. 22 y ss. Certificado sobre registro de la R. P. 5474, a folio 34; Escrituras públicas número 75, 12 y 32, a folios 36 y ss.; declaraciones de Román Salas, Roberto Higuita, Angel Mª Flórez, Julio David y Eliseo Silva, a folios 52 y ss., y 57 vto., y ss.; Posiciones de Marco T. Cadavid, a folio 57; R. P., número 522 a folio 66, certificado del Registrador sobre diligencia de registro del remate en el juicio de sucesión de Bibiana Tascón de Hincapié, a folio 69 y s. s., en concordancia con certificación material a folio 67 v., y del Juzgado 2º C. del Cto. de Medellín, a folio 82 v., certificados de la Oficina de Registro de Antioquia, a folios 72 y 73; declaraciones de Manuel Dimas Girón, Carlos Díaz, Leandro Uauga, Alfonso Granda, Román Salas, Anasario Cossio, a folios 75 y ss.".

Al desarrollar el recurrente el presente cargo sólo hace relación a unas pocas de estas pruebas; por tanto, sólo a ellas se referirá la Sala, como es lo técnico dentro del recurso.

12.—Los errores de derecho consisten en haber atribuído mérito probatorio: a) a las escrituras públicas números 75 de 14 de marzo de 1936, 12 de 25 de enero de 1941 y 32 de 20 de abril de 1940, que figuran a los folios 36 y siguientes del cuaderno 1º, sin haber sido registradas; y B) al acta de inspección ocular trasladada del juicio de pertenencia seguido por Juan J. Pereira contra los copartícipes de la comunidad de "Fortuna".

4.—Los errores de hecho consisten: A) en haber aceptado como pruebas, sin figurar en el juicio, las escrituras públicas Nos. 69 de 31 de julio de 1939 y 1039 de 26 de abril de 1937; y B) en admitir que por medio de las escrituras públicas Nos. 75, 12 y 32, antes citadas, se transfirieron a Pereira derechos en la comunidad, así como "el derecho de posesión en un encierro", el cual debe, conforme a la sentencia, consistir, según parece deducir de diferentes elementos del proceso, en una porción de terreno que venía ocupándola exclusivamente y cultivándola a sus expensas".

A causa de tales errores la sentencia da por establecida la titularidad del derecho a favor del actor, con quebranto de los preceptos legales ci-

tados, por aplicación indebida.

Se considera:

13.—El fallo sintetiza así las razones o conceptos que tuvo para sostener el derecho invocado por el actor:

"Estima la Sala que sin lugar a duda puede muy bien deducirse de los diferentes elementos de prueba que se han venido analizando en las precedentes consideraciones que los comuneros de la gran comunidad de "Fortuna" que le transfirieron su derecho al señor Juan de J. Pereira venían concretando sus pretensiones de dominio en el lote o globo de terreno conocido con el nombre de "Lomas de Fortuna" y que el señor Pereira continuó poseyendo con la realización de verdaderos actos de dominio el mencionado bien raíz; que la posesión uniendo la del señor Pereira a la de sus antecesores, data de más de treinta años; que el actual poseedor inscrito del inmueble es el señor Alfonso Vélez H.; y que a título precario ocupa en la actualidad el demandado la susodicha heredad".

Por tanto, son dos los fundamentos de la sentencia:

1º—La posesión que ejecutaron los antecesores de Pereira y la ejecutada por éste, unidas entre sí, por un lapso mayor de treinta años y 2º el hecho de que Cadavid ocupa el predio, en la actualidad, a título precario.

14.—La acusación formulada es eficaz respecto del primer soporte de la sentencia, pero no en cuanto al segundo. En efecto:

I.—De las escrituras públicas citadas en el fallo, para establecer las distintas adquisiciones que compusieron el fundo llamado "Lomas de Fortuna" y probar la conexión legal de las sucesivas posesiones de los antecesores del actor, a fin de estructurar una usucapión extraordinaria, no existen en el proceso las marcadas con los Nos. 1039, de 26 de abril de 1937, y 69 de 31 de julio de 1939, de la Notaría de Buriticá, y respecto de las distinguidas con los Nos. 74 de 14 de mayo de 1938 y 12 de 25 de enero de 1941, no consta que se hubiesen registrado. Por consiguiente el fallador cometió error de hecho evidente respecto de unas escrituras y de derecho respecto de las otras, al admitirlas a probar aquellos hechos en contra de lo que disponen los artículos 1760, 2637, 2652 y 2673 del C. C., citados, con otros textos, por el recurrente, como infringidos en la sentencia. Por tanto, el primer fundamento de ésta cae por su base.

Eliminada así esta base del fallo, no hay objeto en estudiar la acusación en lo que respecta a la prueba testimonial de la parte actora.

II.—Pero, subsiste el segundo fundamento. En efecto:

A) se le preguntó al demandado en posiciones: "Es verdad, sí o nó, bajo el juramento prestado, que Ud. celebró con el señor Francisco Vélez, quien obraba con poder del señor Juan J. Pereira A., poder que usted conoce y conoció un contrato de arrendamiento, es decir, que Vélez, en representación de Pereira A., le entregó a usted sin plazo determinado, la finca denominada "Lomas de Fortuna", situada dentro de la comunidad del mismo nombre (Fortuna), del distrito de Buriticá y usted la recibió, en dicha calidad de arrendamiento, para explotarla con ganados?". A lo cual respondió: "No es así, pues el señor Francisco Vélez fue que me vendió la finca "Lomas de Fortuna", comprometido a hacerme escritura de ella una vez que se le pagara al señor Juan J. Pereira, pues a éste se la había tomado al fiado comprometido a hacerle la escritura cuando le cancelara todo el valor de ellas".

B) La sentencia estima así esta prueba:

"Al ser indagado en posiciones Marco Tulio Cadavid sobre si era cierto que había celebrado con Francisco Vélez, quien obraba comisionado por Juan J. Pereira, un contrato de arrendamiento relativo a la finca "Lomas de Fortuna", sostuvo que no era cierto que hubiese celebrado contrato de arrendamiento alguno, porque lo que hizo el recomendado de Pereira fue transferirle a título de venta la predicha heredad, obligándose a otorgarle la escritura correspondiente una vez le cubrieran al señor Pereira el precio del inmueble.

"Según aparece de la propia confesión del demandado, entró éste a ocupar el multicitado inmueble "Lomas de Fortuna", reconociendo dominio ajeno, puesto que de acuerdo con sus propias palabras el recomendado de Juan J. Pereira le ofreció en venta la propiedad, prometiéndole hacerle extender la correspondiente escritura de venta, una vez que le cubriera el precio. El título por consiguiente del demandado al ocupar el bien raíz era precario puesto que entró a él reconociendo dominio ajeno".

C) Respecto de esta apreciación dice el recurrente:

"Otro error de hecho: Que Marco T. Cadavid, por su confesión, no tiene o tenía ánimo de señor y dueño, ánimo que está afirmado en la contestación de la demanda, y en todos los incidentes del juicio. Además, de su manifestación en

posiciones no puede concluírse tal cosa".

15.—La estimación que hace el Tribunal de la declaración de Cadavid, no contraría la evidencia, porque el sentido jurídico de la ocupación que efectuara del inmueble, destinado a serle vendido una vez satisfecho el precio, es dudoso y equívoco, ya que al recibirlo con tal objeto pudo hacerlo con ánimo de señor, o pudo hacerlo sin tal ánimo, como un mero tenedor mientras se le otorgara la escritura de venta. Esta situación ambigua la resolvió el Tribunal en la última forma, es decir, considerando la declaración del reo como prueba de un estado precario, opuesto a la posesión y en ello no se ve error de hecho evidente, por razón de esa situación incierta y equívoca.

Quedando en pie la apreciación del Tribunal sobre la declaración del reo, no tiene objeto estudiar el cargo relacionado con los testimonios aducidos por la parte demandada para probar su posesión en época anterior.

16.—En este cargo, el recurrente acusa la sentencia de error de derecho, por haber atribuído mérito probatorio al acta de la inspección ocular del fundo practicada en juicio de pertenencia seguido por Juan J. Pereira y trasladada al presente.

La razón del cargo consiste en haber sido anulado el proceso de pertenencia, por falta de intervención del Ministerio Público, nulidad que comprende necesariamente la diligencia en cuestión, con la infracción de los preceptos legales arriba citados.

Sin entrar a estudiar a fondo el cargo, basta observar que aun en el caso de que hubiese el error de derecho alegado, ello no conduciría a la infirmación de la sentencia, porque aceptado por el reo que la finca cuya restitución se le pide, es la alinderada en la forma expuesta en el hecho 1º de la demanda, no hay problema en lo concerniente a la identidad del inmueble. (V. contestación de la demanda, hecho 1º, f. 15, C. 1º).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Alfonso Vélez Sánchez contra Marco Tulio Cadavid.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

COMPETENCIA POR RAZON DEL LUGAR PARA CONOCER DE UN DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

La obtención del provecho ilícito, que es el acto consumativo de la ESTAFA, no cuenta esencialmente en el ABUSO DE CONFIANZA, que se agota o perfecciona al producirse la apropiación o el uso indebido con perjuicio de terceros, apropiación o uso que, a su turno, se manifiestan en aquellos hechos inherentes al derecho de dominio que el infractor ejecuta sobre la cosa mueble ajena que se le dió a título precario, ya para disponer de ella, bien para usarla en sentido distinto de aquel para el que fue entregada, de donde proviene el nombre de este ilícito contra la propiedad, que etimológicamente significa usar alguien mal de la confianza en él depositada.

Entre esos hechos, la RETENCION de la cosa recibida a título diferente de los que transmiten el dominio, es suficiente para demostrar el ánimo de apropiación; y así cuando la persona obligada a devolver la cosa deja expirar el plazo señalado para ello es en ese momento y en lugar donde esto ocurre cuando y donde se consuma el ilícito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Con fecha 24 de febrero de 1951, Miguel Angel Restrepo formuló denuncia contra Alberto Parra Londoño por el delito de abuso de confianza, consistente en que, habiendo éste recibido de aquél, en el café "Lux" de la ciudad de Riosucio, un revólver estimado por su dueño en la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00), con el único encargo de mostrarle el arma a Octaviano Vanegas, quien podía tener interés en adquirirla, no había regresado con razón ninguna, en vista de lo cual el denunciante salió a buscar al sindicado, de quien se le informó que había viajado, en un camión, con dirección a Anserma. Oído en indagatoria Parra Londoño, confesó haber recibido el revólver de manos de Restrepo, y haberlo vendido en Pereira por ciento quince pesos ($ 115.00).

El señor Juez Promiscuo Municipal de Riosucio sobreseyó definitivamente en favor de Parra Londoño (fls. 56 a 59); pero el Juzgado Penal del respectivo Circuito declaró nulo lo actuado, con base en que "si es evidente que fue en Riosucio donde el acusado inició la ejecución del hecho obteniendo la entrega de la cosa, no lo es menos que fue en Pereira donde la intención se manifestó con la enajenación y apropiación del valor, lo que significa que es el señor Juez Municipal de Pereira el competente para definirle la situación al sindicado" (fls. 6 a 62).

Se conformó con tal decisión el señor Juez Penal Municipal de Pereira, quien adelantó el proceso, abrió causa criminal contra Parra Londoño e impuso a éste, con las accesorias correspondientes, las penas de un año de prisión y multa de veinte pesos (fls. 67 y 76); pero el Juzgado Segundo Penal del Circuito del mismo nombre, al revisar la sentencia en grado de consulta, a su vez declaró nula la actuación razonando de esta manera:

"...El abuso de confianza se configura en el momento mismo en que se demuestra la intención de apropiación. En el presente caso la intención de apoderamiento del revólver se demostró cuando Parra Londoño, en vez de volver a donde lo esperaba Miguel Angel Restrepo, cogió la camioneta que lo llevó a otra ciudad.

"Cuando lo vendió, ya se habían producido las etapas más importantes del delito, la **retención** de la cosa y la **apropiación** de la misma. Con estas premisas la **consumación** ya era un hecho.

"La retención, por cuanto había vencido el plazo que se había fijado para la devolución del revólver y no lo hizo.

"La apropiación, porque siguiendo el curso de evolución, ésta se produjo después de la retención y cuando su intención ya estaba demostrada.

"Cumplidas estas etapas se había consumado el delito. La enajenación era el fin de la evolución, ya que no se había dado esta autorización, mucho menos cuando lo hizo por un precio inferior al que su dueño le había asignado. En este caso, la enajenación no es modalidad estructurante, es una secuela indubitable.

"Ahora, como ya lo vimos en la demostración de hechos, tanto la retención como la apropiación se llevaron a cabo en la ciudad de Riosucio..." (fls. 82 a 83).

Así las cosas, los Juzgados Penales Municipales de Riosucio y Pereira se abstuvieron de continuar conociendo del negocio, que ha sido enviado a la Corte para que se dirima la colisión de competencias, suscitada entre ambos despachos a virtud de lo resuelto por los Juzgados Penales de Circuito de que se ha hecho mención (fls. 86 a 88).

Se considera:

Comete delito de abuso de confianza, en los términos del artículo 422 del Código Penal, "el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio"; y según el principio general contenido en el artículo 55 del estatuto procesal, "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el juez del territorio en que se cometió la infracción".

La obtención del provecho ilícito, que es el acto consumativo de la estafa, no cuenta esencialmente en el abuso de confianza, que se agota o perfecciona al producirse la apropiación o el uso indebido con perjuicio de terceros, apropiación o uso que, a su turno, se manifiestan en aquellos hechos inherentes al derecho de dominio que el infractor ejecuta sobre la cosa mueble ajena que se le dió a título precario, ya para disponer de ella, bien para usarla en sentido distinto de aquel para que le fue entregada, de donde proviene el nombre de este ilícito contra la propiedad, que etimológicamente significa usar alguien mal de la confianza en él depositada.

Entre esos hechos, la retención de la cosa recibida a título diferente de los que transmiten el dominio, es suficiente para demostrar el ánimo de apropiación; y así la consumación del delito no se habría efectuado en Pereira, donde Parra Londoño enajenó el revólver, sino en Riosucio, donde el sindicado dejó vencer el plazo que se le había fijado para devolverlo, al serle entregado por Restrepo con la exclusiva finalidad de mostrarle el arma al presunto comprador.

Sobre el particular ha dicho la Corte que "cuando se ha recibido una cosa a título no traslaticio de dominio debe conocer del proceso penal que se adelante el juez del lugar donde la cosa o su valor debía entregarse, pues las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiarse indebidamente lo recibido". (LXIV, 201).

Parra Londoño debía devolver el arma en la ciudad de Riosucio o en esta misma ciudad entregar su valor, en el supuesto de que Restrepo lo hubiera comisionado para venderla: y es, por consiguiente, a esa jurisdicción municipal a la que corresponde el conocimiento, como lo sostuvo con acierto el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira.

No sobra agregar, para mayor abundamiento, que a idéntica conclusión se llegaría en la hipótesis de que la apropiación se estimara cumplida a la vez en Riosucio y en Pereira, pues fue el Juez Penal del primero de estos Municipios quien recibió la denuncia formulada por Restrepo ante el Alcalde de Quinchía y adelantó la instrucción, y fue también allí donde se aprehendió al inculpado (artículo 57 del C. de P. P.).

Lo anterior se entiende dicho por la Sala —como es obvio— con base en una consideración de los hechos por su aspecto meramente formal, para los solos efectos a que se contrae esta providencia, pues la facultad legal de dictaminar, en el fondo, sobre la responsabilidad del sindicado reside exclusivamente en los jueces de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME esta colisión de competencia en el sentido de que es al Juzgado Promiscuo Municipal de Riosucio, y no al Penal Municipal de Pereira, a quien corresponde conocer de este proceso.

Devuélvanse las diligencias al despacho de origen para los efectos legales pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.—**Jesús Estrada Monsalve.** — **Domingo Sarasty Montenegro.** — **Luis Zafra.** — **Julio E. Argüello,** Secretario.

CUANDO LA JUSTICIA PENAL MILITAR PUEDE CONOCER DE UN DELITO COMETIDO POR UN PARTICULAR

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Viene a la Corte el expediente adelantado por el delito de concusión contra Abel Repizo Lugo, para que se dirima la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Superior de Garzón y el Comando de la Sexta Brigada de Florencia.

Consta que Repizo Lugo tomó posesión del cargo de Mecanógrafo 1º Comandante de Circunscripción Militar del Distrito Nº 30 para que fue nombrado por el Ministerio de Guerra, según Resolución Nº 1430 de fecha 5 de junio de 1952 (fl. 20); que fue luego trasladado al Distrito Militar Nº 32 que funciona en el Departamento del Huila (fl. 19), y que, con fecha 17 de mayo de 1953, el interventor Fiscal de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en nota dirigida al Juez del Circuito Penal de Pitalito. dió cuenta de que dicho individuo había exigido sumas de dinero, en forma irregular, a varias personas interesadas en obtener la expedición de su libreta militar.

Dice, en lo pertinente, el oficio del Interventor:

"...Con fecha 16 de los corrientes (mayo de 1953), se presentó en mi oficina situada en la Recaudación de Hacienda Nacional, el señor Elidio Ijaji con el fin de manifestar que el día anterior había estado en la oficina del señor Comandante don Abel Repizo L., quien le dijo que ¡...estaba alcanzado en cien pesos, que tenía que darle hoy cincuenta pesos y asistir al otro sorteo que venía...!

"El mismo día 16 de los corrientes, se presentó Antonio Carvajal Tamayo y manifestó al suscrito que el señor Abel Repizo L., le había exigido la suma de diez pesos para abonar al impuesto de cuota de compensación militar de su hijo Antonio Carvajal C., suma que le entregó este último al señor Repizo L., un día miércoles hace unos tres meses más o menos.

"Igualmente, el señor Rosendo Carvajal Sterling, el día 23 de este mismo mes, dijo al suscrito que el señor Repizo L., le había exigido la suma de $ 300.00 a cambio de que se llevaran al cuartel a su hijo Dagoberto Carvajal Cabrera, negocio que quedó cerrado en la suma de $ 80.00 y que hasta ahora le ha entregado el valor de $ 40.00 según apuntes que posee en su libreta.

"He tenido conocimiento de que ese funcionario, viene engañando a los conscriptos al servicio militar obligatorio en la forma expresada, no solamente a los de este Municipio sino a los de Timaná y San Agustín, por lo cual pongo en su conocimiento estos hechos a efecto de que se digne tomar las medidas legales del caso..." (fl. 1).

Remitidas las diligencias por el Juzgado Municipal de Pitalito al Juzgado Superior de Garzón, este funcionario dispuso:

"Como por la calidad del agente y la naturaleza del hecho corresponde conocer privativamente de esta infracción a la Justicia Penal Militar, conforme a los artículos 6º y 256 del Código de la materia, se ordena remitir este expediente al señor Juez Militar de la Sexta Brigada de Florencia (Caquetá)". fl. 12 v.

Dijo entonces el Auditor Principal de la Sexta Brigada:

"Ni por la naturaleza del hecho ni por la calidad del agente, el presente sumario es de competencia de la Justicia Penal Militar, ya que al tenor del artículo 9º del Código de J. P. M., solamente gozan de fuero militar los militares en servicio activo cuando cometen delitos comunes en tiempo de guerra o estando turbado el orden público o los mismos militares ya activos, ya en reserva o civiles que cometan alguno de los delitos previstos en el C. de J. P. M., cosa que no acontece en el señor Repizo quien no es militar en servicio activo y cuyo delito o sea la estafa está sancionada por el Código Penal ordinario". (fl. 13).

Enviado nuevamente el negocio al mencionado Juzgado Superior, este despacho lo devolvió a la Justicia Militar provocando competencia negativa, por considerar que los actos cometidos por el sindicado se contemplan en el Código Militar

y que el señor Repizo Lugo se hallaba en el desempeño de funciones "como agente civil al servicio de las Fuerzas Armadas" (fl. 23).

No aceptó el Comando de la Sexta Brigada los puntos de vista del Juzgado, porque "el señor Repizo cometió un delito que no está clasificado en el Código Penal Militar, pues la concusión está definida y sancionada por el C. de J. P., común" y porque "Repizo no es **MILITAR EN SERVICIO ACTIVO sino un simple empleado al servicio de las FF. AA.**" (fl. 24 v.).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del Código de la materia, la competencia para conocer de un asunto militar depende de la calidad del agente, de la clase de infracción, y del lugar en que ésta se cometa; y según lo preceptuado en el 8º de la misma Obra, hay cinco grupos de personas sometidas a esta jurisdicción especial: a) El **personal militar en servicio activo**; b) **El personal militar en situación de reserva o de retiro** (en los casos a que se refiere el ordinal 3º de dicha norma); c) **El personal civil que forma parte de las fuerzas militares** (según las leyes y decretos orgánicos de éstas); d) El **personal civil que no hace parte de tales fuerzas**, o sean los particulares (en los casos previstos en los ordinales 5, 6 y 7 ibidem), y e) **Los prisioneros de guerra y los espías** en tiempo bélico o conflicto armado exterior.

Se ha visto que el Ministerio de Guerra designó a Abel Repizo Lugo como "Mecanógrafo 1º Comandante de la Circunscripción de Distrito Militar", cargo que desempeñaba el sindicado cuando se le hicieron las imputaciones que originaron la investigación. Tenía, pues, el carácter de un **civil al servicio de las Fuerzas Armadas**; y así lo certifica el señor Jefe de la Sección de Personal del mencionado Despacho Ejecutivo a los folios 16 y 17.

El señor Juez Superior de Garzón ha entendido, con base en ese carácter, que el conocimiento del hecho "por la calidad del agente compete a la justicia militar", olvidando que lo que determina tal competencia, en relación con los civiles, no es el estar éstos al servicio de las Fuerzas Armadas, sino el formar parte de ellas.

No tratándose, por tanto, de individuo perteneciente al personal militar en servicio activo, ni al personal militar en situación de reserva o de retiro, ni al personal civil que forma parte de las Fuerzas Armadas, resta únicamente averiguar si Repizo Lugo se halla comprendido entre los "particulares" sometidos a la jurisdicción penal militar, cuestión que debe resolverse negativamente, pues ni el hecho de que se le acusa es delito reprimido en el Código de la materia (numeral 5º del artículo 8º en referencia), ni se encuentra clasificado como "Delito contra los intereses de las Fuerzas Militares" (numeral 6º ibidem), ni es ninguno de los ilícitos "establecidos en leyes penales comunes o militares relativos a la existencia y seguridad del Estado o contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado o contra los bienes del Estado de que trata este Código, en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior" (numeral 7º ibidem).

En efecto, según el Parágrafo único de la disposición comentada, "por particular se entiende el personal civil que no forma parte de las Fuerzas Militares". Tal es el caso de Repizo Lugo; pero para que esta clase de personas puedan ser juzgadas por la justicia castrense, se requiere que el hecho a ellas imputado se encuentre comprendido dentro de los ilícitos cuya enumeración acaba de hacerse. Ahora bien: aunque el hecho que aquí se investiga pudiera considerarse incluido entre los que el Código de Justicia Penal Militar sanciona bajo la denominación "De las exacciones ilegales y de la extorsión" —único grupo de los delitos militares en que cabría clasificarlo—, su conocimiento escapa, sinembargo, a la jurisdicción militar por razón del agente, pues solamente los militares en actos del servicio pueden ser sujetos activos de dichas infracciones, al tenor de lo dispuesto en los artículos 187 y 188 de la Obra citada.

De lo expuesto se sigue que ni por la calidad del agente, ni por la clase de infracción, es competente la justicia militar para conocer de las presentes diligencias, como con acierto lo ha estimado el Comando de la Sexta Brigada, al decir que el delito en referencia "no está clasificado en el Código Penal Militar", y que "el señor Repizo no es militar en servicio activo sino un simple empleado al servicio de las FF. AA".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de que es al Juez Superior de Garzón a quien corresponde el conocimiento de este negocio.

Devuélvanse las diligencias al despacho de origen para los efectos legales pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.— Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSALES 2ª Y 5ª DE CASACION. — ERRONEA APRECIACION DE LOS HECHOS. — PRUEBA DE LA PROPIEDAD Y PREEXISTENCIA DE LOS OBJETOS HUETADOS O ROBADOS EN LOS PROCESOS POR LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO

1—Dentro de la lógica de las pruebas, los Tribunales de instancia tienen libertad para apreciarlas. Esto quiere decir que únicamente los errores manifiestos que contrarían aquellos principios pueden ser objeto de crítica en cuanto se hayan utilizado como presupuestos para producir el fallo que se impugna. De otro modo, siendo siempre posible oponer a un criterio otro distinto, se limitarían las naturales funciones del juzgador y se desnaturalizaría el recurso de casación, que implica apenas un estudio de la sentencia en armonía con la ley y no una nueva y minuciosa controversia.

2—Cada una de las causales enumeradas en el artículo 567 del C. de P. P. contiene sus especiales y precisos motivos. De manera que es antitécnico salirse de ellos o valerse indistintamente de los mismos al sustentar el recurso.

3—Cuando se trate de impugnar un fallo con base en la causal segunda de casación, hay que probar que el error en la apreciación o interpretación de los hechos repercutió sensiblemente en las determinaciones del juzgador al analizar las pruebas. Porque en realidad es la prueba como demostrativa del delito, bien como modificadora o eximente de la responsabilidad, lo que se ataca con la causal que se ha citado. Y en materia probatoria el sistema de la nueva ley de procedimiento no es ya el de la tarifa legal, que ha sido reemplazado por un método más acorde con la misión encomendada a los jueces.

4—En el vigente estatuto procesal penal la apreciación de la credibilidad del testigo es función más autónoma del juez. Por eso, cuando el artículo 313 de la Ley 94 de 1938 dice que para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, tan sólo señala como requisito la de ser esos testimonios apreciados conforme a lo establecido en el artículo 224, es decir, teniendo en cuenta las normas sobre la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las del objeto a que su declaración se refiere o comprende, las circunstancias en que ha sido percibida y en aquellas en que se rinda la declaración. Todo un conjunto de exigencias, es verdad, pero todas ellas de apreciación subjetiva, y en eso consiste la importancia de la reforma, que la jurisprudencia se ha encargado de relievar.

5—La mera deficiencia formal en los considerandos del fallo, cuando la falta de clara exposición no produce duda sobre el hecho y sus particularidades, no da lugar a invalidarlo, puesto que para esto es indispensable que en la sentencia no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación y cuáles se establecieron. Sólo así puede decirse que una providencia judicial carece de las consideraciones elementales para deducir la responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Hállase al estudio de esta Sala de la Corte la demanda presentada como fundamento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de abril de 1954, del Tribunal Superior de Pamplona, en la cual se condena a cada uno de los reos José Manuel Contreras Tolosa y Jorge Caicedo Duque a la pena de tres (3) años de prisión, por el delito de robo. Y como el cargo principal, según luego se verá, se concreta a un aspecto probatorio que atañe a la responsabilidad, re-

sulta forzoso hacer un relato de los hechos, tan abrevindo como lo permiten estas acciones, que no equivalen a un renovado debate procesal sino a un análisis jurídico del fallo que se acusa, en frente de los preceptos legales invocados y de la doctrina que los sustenta.

HISTORIA

Refiere la investigación que precedió a las decisiones judiciales de primera y de segunda instancia, también condenatoria aquélla, y en grado menos benigno, que en las horas de la tarde del 12 de octubre de 1953 llegaron a la casa de Cornelio Peñaloza Tova, situada en un paraje del Municipio de Bochalema, conocido con el nombre de "La Colonia", cuatro individuos portando armas de fuego de largo alcance, quienes so pretexto de buscarlas en nombre de la autoridad que decían representar y luego de amenazar y aún golpear a una de las que ahí se encontraban (Martina de Peñaloza y su hija Margarita), procedieron a abrir violentamente y valiéndose de las que ellos exhibían un baúl, del cual se sustrajeron la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000) que en dicho inmueble guardaba el dueño de la casa, hombre acomodado, para atender a sus transacciones comerciales.

Aunque identificados los cuatro asaltantes, por razones que no es necesario consignar aquí sólo se adelantó el juicio contra los ya nombrados. Los otros respondían a los nombres de Pablo Rozo y José Lino Silva.

Tanto Contreras como Caicedo fueron reconocidos en formales diligencias por las ocupantes de la habitación como dos de los autores del delito y ellas mismas —además de Cornelio Peñaloza— declararon sobre la preexistencia y consiguiente falta de la cantidad de dinero mencionada.

Sobre este particular la sentencia contiene una prolija relación, alusiva, sobre todo, a graves indicios que permiten deducir, sin equivocación posible, tanto el hecho y los elementos que lo constituyen como la determinación de los responsables.

Es verdad que en ellas no se citan los nombres de los declarantes, pero en cambio se indican los folios en donde se hallan los respectivos testimonios.

La sentencia finaliza así:

"Concurren las circunstancias de mayor peligrosidad consistentes en la preparación ponderada del delito y además, el lugar y modo de ejecución del mismo que dificultaron la defensa del ofendido o perjudicado, numerales 5º y 6º del artículo 37 del C. P., y la circunstancia de menor peligrosidad referente a la buena conducta anterior, (numeral 1º art. 38 C. P.) folios 204 vuelto, 205 vuelto, 255 vuelto y 257 vuelto; en estas condiciones la pena mínima no será la de dos años de prisión, (arts. 2º de la ley 4ª de 1943 y art. 1º Decreto-ley 2184 de 1951), sino la de treinta meses de prisión, aumentada en una quinta parte, por concurrir los numerales 3º y 5º del artículo 398 del C. P., lo cual dá un total de treinta y seis meses de prisión, o lo que es lo mismo, tres años de esta pena, y no cuatro como aparece en el fallo. Las penas accesorias que trae el fallo son inobjetables, debiéndose sólo adicionarlas con la condena al pago de los perjuicios ocasionados con el delito, que se omitió".

Tesis de la demanda

Tres son las causales invocadas por el recurrente, en este orden: 2ª, 1ª y 5ª del art. 567 del Código de Procedimiento. Pero no todas se aducen con igual categoría autónoma, puesto que el demandante expresa que sólo como principal se acoge a la citada en primer término (2ª) y en calidad de subsidiarias las otras dos (1ª y 5ª).

Consecuente con esta tesis, sus puntos de vista no se apartan en la argumentación general de este cargo, que es como el eje de la acusación: que no se estableció legalmente la cuantía del delito, porque para acreditar la preexistencia de los cuatro mil pesos se admitieron las afirmaciones del perjudicado y de sus parientes, sin que otros medios contribuyeran a darle credibilidad a aquellos dichos. Y de este error (causal 2ª) surgió —según su hipótesis— otro: el de aplicar indebidamente la ley penal al imponer una sanción no correspondiente al hecho averiguado (causal 1ª).

Del mismo aserto se vale al sustentar la causal 5ª, cuando arguye que en ninguna parte del fallo aparecen los fundamentos relativos a la cuantía de lo robado.

Concepto del Ministerio Público

Ordenadamente refuta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal las impugnaciones al fallo, empezando por calificar de vagas las conclusiones de la demanda. Así, por ejemplo, para demostrar que en el ánimo del sentenciador no sólo pesaron las declaraciones de los

parientes de Peñaloza Tovo, transcribe el siguiente aparte de la sentencia:

"Para determinar el elemento físico, y en cuanto se relaciona con la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la suma de cuatro mil pesos, fuera del dicho de los ofendidos, aparecen, entre otros, los testimonios que corren a los folios 11, 142, 144, 149, 189, 197, etc.; y además la inspección ocular visible al folio 83....".

A continuación, cita el señor Procurador los testimonios de Jorge Adrián Pabón, Bernabé Acevedo Contreras, Juan Buitrago Cruz y Bonifacia Rozo de Cruz, que hablan de la honorabilidad de Cornelio Peñaloza y de su familia, de sus capacidades económicas y del convencimiento general de que en su casa guardaba apreciables cantidades de dinero para el mantenimiento de sus fincas.

De modo, concluye el colaborador de la Sala, que sí tuvo en cuenta el Tribunal otra clase de referencias o elementos demostrativos para aceptar, conforme a la crítica de las pruebas, las versiones testificales de los parientes del damnificado en cuanto a la ejecución del robo y su cuantía, cuestión esta última que afianza en la jurisprudencia.

Respecto de los argumentos expresados para sostener la causal 1ª demuestra el señor Procurador que si la sentencia sancionó un robo sobre una suma mayor de dos mil pesos, cometido por cuatro personas que se fingieron agentes de la autoridad, no hubo indebida aplicación de la ley penal adecuada, puesto que ambas circunstancias —ejecución y cantidad— se establecieron de acuerdo con las normas que rigen la materia.

Por último, en la Vista Fiscal se halla esta observación atinente a la causal 5ª:

"De lo transcrito aparece nitidamente que lo que ataca aquí el señor demandante es la apreciación de la prueba hecha por el H. Tribunal; es decir, lo que es materia de la causal segunda que ya se dejó estudiada, y no lo pertinente a la causal quinta que trata de algo diferente, o sea, de los hechos que se consideran probados.

"En cuanto a éstos, la sentencia del H. Tribunal, como la de primera instancia, contiene el estudio de los elementos del delito de robo y también los de la responsabilidad de ambos acusados, así como el examen de las disposiciones penales aplicables al caso, todo con indicación y referencia de las respectivas pruebas".

Termina el señor Procurador solicitando que no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

Dentro de la lógica de las pruebas, los Tribunales de instancia tienen libertad para apreciarlas. Esto quiere decir que únicamente los errores manifiestos que contrarían aquellos principios pueden ser objeto de crítica en cuanto se hayan utilizado como presupuestos para producir el fallo que se impugna. De otro modo, siendo siempre posible oponer a un criterio otro distinto, se limitarían las naturales funciones del juzgador y se desnaturalizaría el recurso de casación, que implica apenas un estudio de la sentencia en armonía con la ley y no una nueva y minuciosa controversia, que es a lo que parece invitar el abogado recurrente, mas sin ofrecer una conclusión determinada que sea el resultado lógico y jurídico de sus objeciones, puesto que vacila al indicar cómo a su juicio debe resolverse el caso a que ha prestado su asistencia, que no es sancionable como lo ha sido sino con aplicación de otros textos legales "probablemente el art. 400 del C. P." (disposición suspendida por el art. 6º del Decreto Nº 2184 de 1951, anota la Sala), o "probablemente el sobreseimiento definitivo" (solución impertinente en este recurso, anota también la Sala).

Cada una de las causales enumeradas en el art. 567 del Código de Procedimiento Penal contiene sus especiales y precisos motivos. De manera que es antitécnico salirse de ellos o valerse indistintamente de los mismos al sustentar el recurso.

Así, cuando se trata de impugnar un fallo con base en la causal 2ª, hay que probar que el error en la apreciación o interpretación de los hechos repercutió sensiblemente en las determinaciones del juzgador al analizar las pruebas. Porque en realidad es la prueba como demostrativa del delito, bien como modificadora o eximente de la responsabilidad, lo que se ataca con la causal que se ha citado. Y en esta materia —la probatoria— la nueva ley de procedimiento está mejor orientada. Su sistema no es ya el de la tarifa legal, que ha sido reemplazado por un método más acorde con la misión encomendada a los jueces.

En el vigente estatuto procesal la apreciación de la credibilidad del testigo es función más autónoma del juez. Por eso, cuando el art. 313 de la Ley 94 de 1938, que en cierto modo es una reproducción del anterior precepto que sobre el mismo tema existía en la Ley 147 de 1888 —art. 1529—, dice que para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas podrá recibirse

la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, tan sólo señala como requisito la de ser esos testimonios apreciados conforme a lo establecido en el art. 224, es decir, teniendo en cuenta las normas sobre la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las del objeto a que su declaración se refiere o comprende, las circunstancias en que ha sido percibida y en aquellas en que se rinda la declaración. Todo un conjunto de exigencias, es verdad, pero todas ellas de apreciación subjetiva, y en eso consiste la importancia de la reforma, que la jurisprudencia se ha encargado de relievar.

Y sobre el punto concreto del art. 1529 del Código anterior, o sea el 313 del actual, ha dicho la Corte que esta disposición es de la más alta conveniencia, porque quienes están mejor capacitados para declarar sobre sus bienes son los propios dueños y quienes con ellos conviven; y a darle crédito no se opone ninguna razón valedera, porque no hay precepto que prohiba admitir los testimonios de parientes sobre hechos que no lesionan los intereses de las personas a ellos vinculados, bien sea como ascendientes, descendientes, hermanos o allegados, porque en este supuesto no se busca ni se crea con esas declaraciones una pugna de vínculos familiares ni de otra clase entre el damnificado y el delincuente, sino que se procura el descubrimiento de la verdad, que es misión cardinal de la justicia.

Estas consideraciones bastan para declarar infundados los argumentos expuestos en relación con la causal 2ª.

Un reparo habría que hacerle al fallo del Tribunal de Pamplona en la parte en que habla de la buena conducta anterior de los procesados, pues el expediente contiene datos (fl. 137 del C. 1º) que no permiten deducirla. En lo demás sólo cabe agregar que aún en el supuesto de que no se hubiera establecido que la cuantía de lo robado excedió de dos mil pesos, esa circunstancia no habría impedido aplicar el art. 398 del C. P., puesto que el delito quedaría igualmente agravado por el número de delincuentes que en él tomaron parte y por la ficción de que se valieron (numeral 5º).

Causal 5ª.—Fuera de que el motivo que se expone para sustentar esta causal es el mismo que se aduce con ocasión de la causal 2ª, es aquí necesario advertir que la mera deficiencia formal en los considerandos del fallo, cuando la falta de clara exposición no produce duda sobre el hecho y sus particularidades, no da lugar a invalidarlo, puesto que para esto es indispensable que en la sentencia no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación y cuáles se establecieron. Sólo así puede decirse que una providencia judicial carece de las consideraciones elementales para deducir la responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes.

Y si no muy explícita, o mejor aún, ordenada la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona acerca de este punto, contiene, sin embargo, un sobrio análisis jurídico que permite concluír que tanto en lo que respecta a la comprobación del delito de robo con las circunstancias que lo especifican, como en la identificación de los infractores y su modo de obrar, la sentencia se ajusta a las reglas procedimentales o, lo que es lo mismo, que ella no contraría los ordenamientos previstos en las leyes sobre la materia. Oportuno resulta transcribir a este propósito la siguiente doctrina:

"Para que un fallo se invalide por medio de esta causal, es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego deducirle responsabilidad.

"La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados, porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales debe atemperarse las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o de palabras indicadas por la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada disposición legal. (Casación de Isaías Vásquez Gómez. Marzo 5 de 1947)."

De las consideraciones que se han hecho se deduce que ni en este punto ni en los anteriores ha sido afortunado el planteamiento de la demanda y, por lo tanto, no procede invalidar el fallo que originó el recurso.

Por lo expuesto, la **Corte Suprema** —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en la que se condena a José Manuel Contreras Tolosa y a Jorge Caicedo Duque, como autores del delito de robo, a la pena principal de tres (3) años de prisión y a las accesorias correspondientes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Za[illegible]. Julio E. Argüello R. Secretario.

CALIDAD DE EMPLEADO PUBLICO. — DELITOS DE RESPONSABILIDAD

En los delitos de responsabilidad que se adelantan contra funcionarios públicos, previamente, debe demostrarse la calidad de éstos, ora, porque esa investidura oficial en relación con el cargo es la que le confiere fuero especial, bien, porque los delitos de responsabilidad sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20 de la Constitución Nacional), ya también, porque la competencia de los Tribunales en primera instancia, y la de la Corte en segunda, no pueden determinarse en forma concreta sino mediante la comprobación de la investidura, decreto de nombramiento y posesión del cargo. Es claro que, a falta de la diligencia de posesión, ésta se presume de derecho por el ejercicio posterior de las funciones (artículos 7º C. J. y 251 C. P. y M.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, trece de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, consulta la providencia de diez y ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se declara prescrita la acción penal en favor de los doctores **Ricardo Estrada Escobar** y **Roberto Mejía**, Juez y Secretario —en ese entonces— del Juzgado 4º del Circuito de Medellín, y se ordena cesar todo procedimiento por el hecho materia de la presente investigación.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de 14 de marzo de 1955, dice:

"...en lo que se refiere al principal acusado, Dr. Estrada Escobar, ex-Juez Cuarto del Circuito Penal de Medellín, la Procuraduría se **abstiene de entrar a considerar en el fondo el contenido de la providencia consultada**, pues halla que no se encuentra debidamente acreditada la **competencia** que corresponde en primera instancia, al H. Tribunal Superior de Medellín y, en segunda instancia a la H. Corte, para juzgar al mencionado funcionario. En efecto, no se han traído al expediente las correspondientes comprobaciones de rigor acerca de la calidad de funcionario que concurría en el sindicado; es decir, la copia del Acuerdo de su nombramiento hecha por el respectivo Tribunal, la copia de la respectiva Acta de posesión del cargo y la certificación de la autoridad competente sobre el ejercicio del cargo en el lapso a que se refiere el hecho materia de la investigación".

"Esa prueba (ha sostenido reiteradamente este Despacho) no sólo mira a la naturaleza misma de la infracción (delito de responsabilidad u oficial) sino al fuero del empleado o funcionario para efectos de establecer el Juez que debe juzgarlo".

Se considera:

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial tienen competencia para conocer en primera instancia de las causas que por delitos de responsabilidad se adelanten contra los Jueces de Circuito o Jueces Superiores (artículo 44), pero no tienen competencia para conocer en primera instancia de los delitos que se adelantan contra los funcionarios públicos en su calidad de Secretarios de Juzgado, aunque el hecho investigado configure un delito de responsabilidad. La competencia —en estos casos— es privativa de los Jueces de Circuito en el Ramo Penal (artículo 47), porque estos funcionarios Secretarios de Juzgados— no gozan de fuero especial, pues la ley en ninguna de sus disposiciones relativas a jurisdicción y competencia atribuye su juzgamiento a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

La omisión de estas normas genera una causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, nulidad que se halla prevista en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º, y que el Juez o la Entidad que conoce del negocio oficiosamente debe declararla cuando en el proceso se halle demostrado que la persona

acusada tenía la calidad de funcionario público (Secretario del Juzgado).

En los delitos de responsabilidad que se adelatan contra funcionarios públicos, previamente, debe demostrarse la calidad de éstos, ora, porque esa investidura oficial en relación con el cargo en la que le confiere fuero especial, bien, porque los delitos de responsabilidad sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20 de la Constitución Nacional), ya también, porque la competencia de los Tribunales en primera instancia, y la de la Corte en segunda, no pueden determinarse en forma concreta sino mediante la comprobación de la investidura, decreto de nombramiento y posesión del cargo. Es claro que, a falta de la diligencia de posesión, ésta se presume de derecho por el ejercicio posterior de las funciones (artículos 7º, C. J. y 251 C. P. y M.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, REVOCA el auto de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para que se cumpla con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Jesús Estrada Monsalve—Domingo Sarasty Montenegro—Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD.—CALIDAD DE FUNCIONARIO PUBLICO

"Los documentos comprobatorios de la calidad del sindicado —ha dicho la Corte— son indispensables, en los procesos seguidos por delitos de responsabilidad puesto que, en estos casos son la calidad de funcionario del inculpado y la naturaleza de la infracción cometida, las que determinan el fuero especial y señalan la competencia. Mientras tal calidad no esté acreditada, tampoco estará fijada la facultad que para conocer del asunto tengan el Tribunal en primera instancia y la Corte en segunda".

La calidad de funcionario público se demuestra con el Decreto de nombramiento y la correspondiente acta de posesión; pero, la omisión del segundo requisito, no impide que se adelante la investigación y se califique el mérito del sumario, porque el nombramiento y el posterior ejercicio del cargo hacen presumir de derecho la posesión, ora para estimar válidos los actos realizados por el funcionario, ya también, para exigirles responsabilidad (Art. 7º del C. J.). Ningún funcionario puede entrar a ejercer el cargo sin prestar el juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumban (Art. 251 C. P. y M.). Este acto es lo que la ley denomina posesión. Pero es más: las irregularidades en la diligencia de posesión y la omisión de la misma no anulan los actos del empleado ni los exime de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones (Art. 252 ibídem).

Cuando, además del nombramiento, se acredita el ejercicio del cargo, por certificaciones, actuaciones del funcionario, por confesión del mismo o por cualquier otro medio de prueba, la calidad de funcionario público —ante la ley— está plenamente comprobada, aún cuando se haya omitido la diligencia de posesión. En estas condiciones, tanto el Tribunal como la Corte tienen jurisdicción y competencia para conocer y fallar el negocio, siendo innecesaria, por tanto, la revocatoria de la providencia para allegar el acta de posesión, porque ésta, —se repite— se presume de derecho por el ejercicio posterior de funciones, y la omisión no exime de responsabilidad al funcionario que en virtud de nombramiento entra a desempeñar el cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, consulta la sentencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se ordena cesar todo procedimiento en favor del doctor Francisco Garcés Echeverri, sindicado de detención arbitraria.

Prenotandos.

El doctor Alfonso Muñoz Boteró formuló denuncia criminal contra el doctor Francisco Garcés Echeverri, en ese entonces Fiscal del Juzgado Segundo Superior, por el delito de detención arbitraria, cometido en la persona de Isidro Arias.

En el sumario que por "homicidio imperfecto" y "lesiones personales" se adelanta en la Fiscalía —dice el denunciante— aparecen sindicados Manuel José, José Ignacio y Alvaro Piedrahita, por una parte; Angel María Morales e Isidro Arias, por otra. La Fiscalía dictó auto de detención, providencia de la cual se pidió reposición; negada ésta, se concedió recurso de apelación. El Tribunal revocó el auto y ordenó poner en libertad a los señores Isidro Arias y Angel María Morales.

El Director de la Cárcel manifestó a Arias que no podía quedar en libertad, porque la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior solicitaba su comparecencia para la práctica de una diligencia en el negocio que por tentativa de homicidio cursaba en ese Despacho en el cual figuraba como sindicado Isidro Arias y como denunciante Carlos Ceballos.

"Con el ánimo ligero de perjudicar a mi defendido señor Isidro Arias —dice el denunciante—se abrió torpemente esta nueva investigación.....Los hechos que dieron lugar a ella fueron examinados en su tiempo por la justicia, y al efecto me permito agregar a este denuncio una copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Salamina y por el H. Tribunal Superior, en la cual aparece este negocio ya fenecido con la circunstancia de que el señor Carlos Antonio Ceballos, actual denunciante fue condenado y el señor Isidro Arias fue amparado con sobreseimiento. Es por motivo de estos hechos ya fallados por la justicia por los cuales se dictó esta mañana nuevo auto de detención en contra del señor Isidro Arias".

I

Pruebas

Como elementos de comprobación de los hechos investigados, se allegaron al sumario:

a)—Copias de la sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Salamina y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por las cuales se condena a Antonio y Carlos Antonio Ceballos por un delito contra los funcionarios públicos cometido en la persona de Isidro Arias quien en ese entonces desempeñaba las funciones de Corregidor de La Merced;

b)—Copia del Oficio Nº 108 dirigido por el Fiscal del Juzgado Segundo Superior al Director de la Cárcel, que dice:

"**Fiscalía del Juzgado Segundo Superior.**—Manizales, 4 de mayo de 1953. Señor, Director de la Cárcel Nacional. Presente.—Atentamente me permito comunicar a Ud. que en caso de que el señor Isidro Arias sea puesto en libertad por orden del H. Tribunal Superior de esta ciudad, se sirva ponerlo a disposición de esta Fiscalía, en donde se necesita para la práctica de una nueva diligencia criminal. De Ud. Atto. y s. s., Francisco Garcés Echeverri. Fiscal";

c)—Diligencia de inspección ocular con intervención del Fiscal acusado y de peritos para constatar la existencia del sumario sobre "Tentativa de Homicidio" en el cual figura como denunciante Carlos Antonio Ceballos y como presunto sindicado Isidro Arias Alzate. Este nuevo denuncio hace referencia a los mismos hechos averiguados en la investigación que por un delito contra los funcionarios públicos se adelantó en el Juzgado de Salamina en cuyo negocio se dictó sentencia condenatoria contra Ceballos;

d)—Copia de la actuación, inclusive el auto de detención proferido contra Isidro Arias;

e)—Declaración del Director de la Cárcel sobre el Oficio de la Fiscalía y la forma como fue interpretada dicha orden;

f)—Copia del Decreto de nombramiento y certificación del ejercicio del cargo para acreditar la calidad de funcionario público.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un examen atento de los hechos y pruebas aducidas al sumario, concluye así:

".....la Procuraduría solicitaría la confirmación del fallo consultado, dado que no aparece demostrado el dolo con el cual pudiera haber actuado dicho señor Fiscal acusado, y, en cambio, es notorio que con su Oficio Nº 108 sólo se pretendió actuar precautelativamente para obtener la comparecencia del sindicado en orden a rendir la indagatoria en el investigativo iniciado por la denuncia de Ceballos como acertadamente lo anota el H. Tribunal de Manizales".

"Pero esta solicitud no puede efectuarla aún la Procuraduría, pues, por deficiencia de la documentación traída para acreditar el carácter de funcionario público en el Fiscal acusado, no se halla acreditada la competencia del H. Tribunal y de la H. Corte para juzgarlo".

"En efecto: el doctor Francisco Garcés Echeverri fue nombrado para el cargo de Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Manizales por la Procuraduría General de la Nación por medio del Decreto Nº 18 de 23 de agosto de 1951 (Fl. 33 vto., cuad. 1º) y el Acta de Posesión que se ha traído al proceso y que lleva fecha primero de junio de 1948, se refiere al nombramiento hecho en el mismo doctor Garcés Echeverri por el H. Tribunal Superior de Manizales, según Acuerdo Nº 22 de 28 de mayo del mismo año de 1948 (Fl. 32 vto., ibidem)".

"Lo procedente habría sido compulsar la copia del acta de posesión correspondiente al nombramiento hecho por la Procuraduría."

"Es, pues, el caso de revocar el fallo consultado y en su lugar disponer que se devuelva el proceso al H. Tribunal de origen, para que subsanada la deficiencia anotada, dicte nuevamente el fallo....."

Se considera:

La circunstancia de que el Director de la Cárcel hubiera interpretado la nota de comparendo como una orden de detención, no conlleva ninguna responsabilidad para el Juez acusado, por-

que la citación no implica captura ni ella podía cumplirse por no haberse realizado en el sumario ninguno de los casos previstos en las disposiciones de los artículos 348, 379, 384 y 837 del Código de Procedimiento Penal. Este hecho, en las modalidades que se dejan analizadas, no es constitutivo de delito.

La detención, como consecuencia del auto de seis de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, no acarrea al funcionario que lo dictó ninguna responsabilidad porque la privación de la libertad no se produjo como resultado del abuso de funciones, sino como consecuencia de una investigación. La circunstancia de que con anterioridad al denuncio se hubiera investigado el hecho y se fallara en primera y segunda instancia, debió ser puesta en conocimiento del funcionario para efectos de ordenar la suspensión de la investigación, pero la circunstancia de negarse maliciosamente a declarar, ocultando la verdad, para luego presentar denuncia por detención arbitraria, puede ser acto de mala fe de parte de Arias pero no motivo razonable para deducir responsabilidad penal. El delito, en estos casos, no puede estructurarse por falta de uno de sus elementos, o sea el abuso de funciones en orden a la privación de la libertad personal.

Es evidente que la Corte ha sostenido que:

"Los documentos comprobatorios de la calidad del sindicado son indispensables, en los procesos seguidos por delitos de responsabilidad, puesto que, en estos casos son la calidad de funcionario del inculpado y la naturaleza de la infracción cometida, las que determinan el fuero especial y señalan la competencia. Mientras tal calidad no esté acreditada, tampoco estará fijada la facultad que para conocer del asunto tengan el Tribunal en primera instancia y la Corte en segunda".

La afirmación anterior es absoluta: porque la calidad de funcionario público se demuestra con el Decreto de nombramiento y la correspondiente acta de posesión; pero la omisión del segundo requisito no impide que se adelante la investigación y se califique el mérito del sumario porque el nombramiento y el posterior ejercicio del cargo hacen presumir de derecho la posesión, ora para estimar válidos los actos realizados por el funcionario, ya, también, para exigirles responsabilidad (Art. 7º del C. J.). Ningún funcionario puede entrar a ejercer el cargo sin prestar el juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumban (Art. 251 C. P. y M.). Este acto es lo que la ley denomina posesión. Pero es más: las irregularidades en la diligencia de posesión y la omisión de la misma no anulan los actos del empleado ni lo eximen de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones (Art. 252 ibídem).

Cuando además del nombramiento se acredita el ejercicio del cargo, por certificaciones, actuaciones del funcionario, por confesión del mismo o por cualquier otro medio de prueba, la calidad del funcionario público ante la ley está plenamente comprobada, aún cuando se haya omitido la diligencia de posesión. En estas condiciones, tanto el Tribunal como la Corte tienen jurisdicción y competencia para conocer y fallar el negocio, siendo innecesaria, por tanto, la revocatoria de la providencia para allegar el acta de posesión, porque ésta —se repite— se presume de derecho por el ejercicio posterior de funciones y la omisión no exime de responsabilidad al funcionario que en virtud de nombramiento entra a desempeñar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, en parte, CONFIRMA la providencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuelvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA SIMPLE EQUIVOCACION AL INTERPRETAR LA LEY NO CONFIGURA DELITO. — SI LA DEMORA SE HALLA JUSTIFICADA, NO HAY LUGAR A RESPONSABILIDAD PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena el auto de fecha 29 de abril de 1953, por medio del cual sobresee definitivamente en favor del doctor Carlos Enrique Méndez, ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), por los cargos que se le hicieron en este proceso.

Se inició la investigación a virtud del escrito de denuncia que, con fecha 11 de agosto de 1948, le dirigió desde San Andrés el Sr. Palmerston E. Coulson al Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena, donde se afirma que en la sumaria contra Ulrich Smith y otros por el delito de hurto de frutos de unas fincas de propiedad del denunciante, en que éste se constituyó parte civil con representación de su apoderado doctor César C. Bustos —y después de haberse revocado por el Tribunal el auto de cesación del procedimiento anteriormente dictado en las referidas diligencias—, el doctor Carlos Enrique Méndez, cuyo carácter oficial se comprobó en los autos, retardó la decisión de dos peticiones, una del señor Coulson y otra de su apoderado; las resolvió después en forma contraria a lo dispuesto por el Tribunal; no dictó auto de detención contra los sindicados habiendo mérito para ello; y demoró injustificadamente el mencionado negocio "pues desde la fecha en que entró al despacho, o sea el 14 de abril del corriente año (1948) hasta el presente día (11 de agosto ibídem), sólo se ha limitado a resolver, como digo arriba, los dos memoriales, y en la forma dicha".

Llamado por el Tribunal el señor Coulson, con fecha 9 de marzo de 1950, para que ratificara su denuncia, expuso:

"No me ratifico en ninguna de las partes de ese denuncio, antes bien deseo retirarlo, pues los asuntos que tenía pendientes en relación con mis propiedades, las he arreglado satisfactoriamente. Dejo sí constancia de que en la época que presenté el denuncio contra el doctor Méndez, procedí con absoluta buena fe y porque entonces consideré mis intereses lesionados. Pero hoy al no ratificar ese denuncio es porque creo que ya estando fenecidos los inconvenientes debe terminar todo en paz y sin perjuicio para nadie.." (folio 21v.).

Con todo, las diligencias continuaron su curso, por tratarse de ilícitos investigables de oficio, y de éllas aparece:

a)—Que el 26 de febrero de 1948 el Tribunal Superior de Cartagena revocó el auto de fecha 7 de abril anterior, mediante el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas) —entonces a cargo del Dr. Hernando Flórez— ordenó dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, dentro del sumario seguido a Ulrich Smith y otros por el delito de hurto en que fuera denunciante el Sr. Palmerston E. Coulson, por cuanto "no aparece fehacientemente demostrado que el hecho no se haya cometido" y dispuso, en consecuencia, prosiguiera la investigación hasta su calificación definitiva (fls. 39 a 40);

b)—Que cuando el expediente volvió al Juzgado de origen, el apoderado de la parte civil y el denunciante pidieron al Juez, que lo era ya el doctor Méndez, la detención de los sindicados, en escritos que pasaron al despacho el 19 de mayo de 1948 (fl. 22 v.); y

c)—Que el doctor Méndez no resolvió esas solicitudes hasta el 16 de julio siguiente, o sea un mes y 27 días después, en sentido adverso a las pretensiones de los memorialistas, "por falta de respaldo legal" (fl. 43).

Dijo el doctor Méndez en su declaración instructiva:

"....Tramitado el recurso el Tribunal ordenó se prosiguiera la investigación y se calificara el mérito del sumario. En el mismo año fue devuelto el expediente del caso al Juzgado Promiscuo de San Andrés (Islas) y esa circunstancia la aprovechó el abogado de la parte civil para solicitar la detención del sindicado Ulrich

Smith. Antes había solicitado que se le expidieran copias de la providencia del Honorable Tribunal Superior por la cual ordenaba que se prosiguiera la investigación y que se procediera a la calificación del sumario. Y el apoderado de uno de los sindicados doctor Francisco Newball también pidió que se le compulsaran las mismas copias por la Secretaría y que fueran éstas agregadas junto con un memorial que había presentado a las copias que había solicitado el doctor Bustos. Antes de terminar la compulsa de las copias y cuando el negocio se hallaba en la mesa de la Secretaría el Secretario pasó al despacho el memorial del doctor Bustos. Como era imposible resolverlo porque el negocio se hallaba en la mesa de la Secretaría compulsando las copias, entonces dicté un auto que más o menos dice: "Manténgase el anterior escrito en la mesa de la Secretaría hasta tanto por la Secretaría terminan de compulsar las copias que he venido (sic) haciendo referencia". Así que quiero hacer esta declaración para que, en forma palpable, aparezca la injusticia de las acusaciones que se me hacen...." (Fl. 49 v.).

El señor Rafael Araújo, quien desempeñaba el cargo de Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés, declara que no pasó el memorial de 28 de abril de 1948, presentado por el doctor César C. Bustos, inmediatamente al despacho, porque se estaba notificando el auto que ordenaba el cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal, hecho lo cual llevó a la mesa del doctor Méndez, el 19 de mayo, tanto el memorial del doctor Bustos como el del denunciante Coulson; y que, estando allí esos escritos, el mismo doctor Bustos presentó otro solicitando se le compulsara copia de algunas piezas del sumario, por cuya causa volvió a la Secretaría el expediente (fl. 25 v.).

Al contestar el traslado de los autos, la Procuraduría solicita se confirme el sobreseimiento, porque "no puede afirmarse que el funcionario acusado cometiera un delito de abuso de autoridad, pues las demoras de que dá cuenta el denunciante ocurrieron por motivos extraños a la voluntad de aquél, en ningún caso por falta de dedicación a las labores oficiales, o por pereza o desidia"; y porque "en cuanto a la segunda imputación se observa que el Juez no encontró mérito para decretar la detención de los sindicados, y que exactamente por ese motivo se abstuvo de ordenarla".

Se considera:

Hay delito de abuso de autoridad, por demoras de los funcionarios públicos en la tramitación de los procesos penales, cuando se omite, rehusa o retarda la ejecución de un acto a que legalmente están obligados, según el mandato contenido en el artículo 172 del Código Penal.

La acusación contra el doctor Carlos Enrique Méndez no se refiere a ninguna de las dos primeras modalidades, pues ni omitió ni rehusó el pronunciamiento relacionado con las peticiones de que hace mención el denunciante, sino que hubo de retardarlo, y en este caso la demostración del elemento material u objetivo no es suficiente. "En relación con la prueba —se ha dicho por la Sala en casos semejantes— fácil resulta allegar la de la omisión o rechazo, porque tanto la una como el otro traducen actitudes del funcionario o empleado francamente opuestas a un precepto legal que le imponía el deber de actuar en determinado sentido, no susceptible de interpretación o duda. No así el retardar, porque el diferir o aplazar el acto puede obedecer a múltiples causas que descartan el dolo, la desidia o negligencia...." (LXVII, 598).

Cierto es que en la diligencia de inspección ocular practicada al efecto (fl. 22 v.) se estableció que la solicitud del apoderado de la parte civil y la del señor Coulson, en el negocio contra Ulrich Smith y otros por el delito de hurto, se interpusieron, respectivamente, con fechas 28 de abril y 19 de mayo de 1948, y que el Juez acusado las resolvió el 16 de julio siguiente; pero lo es también que este retardo provino de circunstancias ajenas a la voluntad del funcionario —como lo acepta el Ministerio Público—, pues el expediente se retiró del despacho para la compulsa de unas copias, lo que atestigua el propio Secretario del Juzgado, y se trataba de un asunto que requería cuidadoso estudio por ser "muy voluminoso", referirse a numerosos sindicados (más de 15 personas), y entrañar problemas jurídicos de diverso orden, ya que "se estaba ventilando una acción civil dentro de un proceso penal, y el denuncio tenía como finalidad que el Juzgado hiciera entrega al comprador Palmerston E. Coulson del lote de terreno que había adquirido en un juicio de sucesión que se había liquidado en el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés" (fl. 50 v.).

Menos aún podría decirse que el doctor Méndez incurriera en el delito que sanciona el artículo 168 de la misma Obra, pues al dictar el auto en que negó la detención de los sindicados

en el varias veces aludido proceso, como la parte civil allí constituída lo exigía, no hizo sino aplicar las disposiciones legales en la forma que su criterio y razonamiento le indicaban, sin que prueba alguna permita atribuir tal actuación a afecto o desafecto del Dr. Méndez hacia estos o aquellos interesados. No consta que el superior revisara esa providencia, pero aún en el supuesto de haber sido ella equivocada, ninguna responsabilidad cabría deducirles a su autor por este concepto, porque "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en acción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal" (LXV, 419, LXVI 660 LXVII, 36, 109, 257).

Carecen, pues, de fundamento los cargos hechos al Juez doctor Carlos Enrique Méndez y, por tanto, la decisión del Tribunal es acertada y debe confirmarse.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él confirma el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. —Domingo Sarasty Montenegro. —Rafael Quiñones Neira, Conjuez. — Julio E. Argüello Secretario.

CUANDO SE CONFIGURA VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO POR MEDIO DE LA PUBLICACION DEL TEXTO DE ALGUNA PROVIDENCIA JUDICIAL. — EN QUE CASOS EL FUNCIONARIO INSTRUCTOR PUEDE ABSTENERSE DE INICIAR LA INVESTIGACION POR HECHOS QUE LE HAN SIDO DENUNCIADOS

1—Para que la investigación se abra por el juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

Es obvio, desde luego, que no se trata de aquél CONOCIMIENTO que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se le abrirían a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama INTUITIVO cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, "se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios por visión directa del espíritu", por contraposición al denominado DISCURSIVO con que "se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado"; de aquella acción y efecto de CONOCER, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que "percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él", según la acepción del Diccionario de la Lengua Española.

2—No es a las sesiones judiciales a las que se refiere la reserva del sumario, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso constituyendo su prueba. Para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo la prohibición legal, es necesario que en ellas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, alguno de los elementos probatorios allegados al proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Que en las páginas 85 a 112 del último número de la revista "Justicia", órgano del Tribunal Superior de Bogotá, se han publicado dos autos dictados con ponencia del Magistrado doctor Carlos Arturo Acosta, dentro de las diligencias adelantadas contra Félix D. Mendoza y otros por homicidio, y que como éstas se encuentran aún en la etapa sumaria, según certificación expedida por el Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad, tal publicación puede implicar violación del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual pone el hecho en conocimiento de la Corte para los fines legales consiguientes, en cumplimiento del mandato del artículo 12 de la misma Obra, dice el doctor Bernardo Gaitán Mahecha en el memorial que antecede.

La denuncia, presentada personalmente por el signatario en la Secretaría de esta Sala, se ciñe formalmente a las condiciones previstas en el artículo 14 del Estatuto Procesal, y de ella le correspondería conocer privativamente a la Corporación al tenor de lo dispuesto en el artículo 42, ordinal 6º, del mismo.

Ocurre, sin embargo, que el funcionario de instrucción ha de darles cumplimiento a los artículos 283, 284 y 293 del precitado Código, en orden a dictar el auto cabeza del proceso y a iniciar la instructiva, "**fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción Penal**", como lo expresa la segunda de dichas normas, locución destinada a fijar el alcance de tan importante e imperativo deber. No son los hechos indiferentes los que está obligado a investigar, ni a ellos se refiere tampoco lo prescrito en el artículo 10 **ibidem** para los funcionarios, empleados o jueces que "de cualquier manera **tengan conocimiento de la infracción penal** cuya investigación deba seguirse de oficio", sin que sean competentes para ello, y en el 11 **ibidem** para aquellos ante quienes "se presentare algún hecho que pueda **considerarse como delito** perseguible de oficio",

con ocasión de los procesos civiles o administrativos de que conocen.

En otros términos, para que la investigación se abra por el juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

Es obvio, desde luego, que no se trata de aquel conocimiento que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se le abrirán a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontaneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama intuitivo cuando con él, al decir del filosófo Bertrand, "se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios, por visión directa del espíritu", por contraposición al denominado discursivo con que "se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado"; de aquella acción y efecto de conocer, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que "percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él", según la acepción del Diccionario de la Lengua Española.

Al abstenerse de investigar el hecho que no se ofrece a su conocimiento como infracción penal, el funcionario no prejuzga, ni omite o rehusa el ejercicio de una función inherente a su investidura. No hay delito qué investigar, y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la plena prueba de que el hecho no se considera en la ley con tal carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso de las investigaciones.

Por este medio se amparan por igual los derechos individuales y el derecho social, que no es, en suma, sino la armoniosa ordenación de aquéllos al beneficio de la comunidad. Precisamente a prevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el Capítulo I del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las autoridades, como delitos contra la administración de justicia.

De la jurisprudencia de la Sala al respecto se extracta lo que sigue:

".... cuando antes de dictar auto cabeza de proceso vea el funcionario instructor con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querella, debe rechazarse la acción penal por medio de un auto que exponga las razones por las cuales así se procede" (LXV, 146).

Han certificado el señor Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá y su Secretario "que en este Juzgado cursa el proceso Nº 2408 contra Félix Donaldo Mendoza y otros, por el delito de homicidio, el cual fué iniciado en el Juzgado Municipal de Turbaco el día 9 de marzo de 1953; que dicho proceso se halla actualmente en la Fiscalía de este Juzgado, una vez cerrada la investigación, para concepto de fondo; y que en consecuencia de lo anterior dicho proceso se encuentra en la etapa sumaria, por no haberse calificado hasta la fecha"; y en el ejemplar de la revista "Justicia" números 165 y 166, correspondiente a los meses de enero a diciembre de 1954, que el doctor Gaitán Mahecha ha presentado, sin autenticación, a la Corte, consta la publicación de los autos interlocutorios de fechas 13 de julio de 1954. (Pgs. 85 a 101) y 13 de agosto del mismo año (Pgs. 102 a 112), respectivamente, suscritos uno y otro por los señores Magistrados Carlos Arturo Acosta, Saúl Amézquita y Antonio Vicente Arenas y por el Secretario del Tribunal señor Manuel Pardo.

Por el segundo de tales proveídos el Tribunal "no reconsidera" el primero, que en su parte resolutiva dice:

"REVOCASE el auto fechado el dieciocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, en cuanto por él la Fiscalía Quinta Superior declaró nulo todo lo actuado por el Juez 34 de Instrucción Criminal en el sumario iniciado con ocasión de la muerte violenta de que fue víctima José Francisco Figueroa Guzmán en la cárcel de Turbaco (Bolívar) el nueve de marzo del mismo año a partir del folio 86 vuelto del primer cuaderno hasta el folio 85 del cuaderno número 3, reconociendo todo su valor legal a esas mismas actuaciones. En consecuencia, queda sin ninguna validez la parte de ese mismo auto en que se dispone rehacer el proceso en todo cuanto se relaciona con las diligencias ordenadas por el señor Juez Único Municipal de Turbaco en su auto

cabeza de proceso, fecha nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, y en cuanto igualmente se relaciona con el del señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Cartagena, fecha doce de marzo del mismo año, por la razón atrás indicada de que lo actuado por el señor Juez 34 de Instrucción Criminal no está afectado de irregularidad alguna sino, todo lo contrario, bien ajustado a la ley.

"CONFIRMASE el auto en lo restante....."

Como antecedentes de la intervención del Tribunal, se reseñan a continuación los siguientes:

a)—Con fecha 10 de marzo de 1953, el Secretario de Gobierno de Bolívar le manifestó al Ministerio de Justicia que José Francisco Figueroa, detenido por abigeato, había aparecido muerto en la cárcel de Turbaco; que por ausencia de Jueces de Instrucción Criminal en aquel Departamento había comisionado como investigador al Fiscal Primero Superior de Cartagena, y que esperaba se designara a la mayor brevedad al funcionario instructor;

b)—Por Resolución 577 del día siguiente, el Ministerio de Justicia comisionó, para continuar la respectiva investigación, al Juez 34 de Instrucción Criminal, doctor Bernardo Yepes Lalinde, quien recibió el expediente de la Fiscalía Primera Superior de Cartagena, despacho que, a su vez, lo había recibido del Juez Unico Municipal de Turbaco;

c)—Vencido el término de la comisión, el mencionado Juez 34 dictó la providencia de 25 de mayo del mismo año de 1953, en que ordenó el envío de las diligencias al reparto de las Fiscalías Superiores de Bogotá;

d)—Repartidas que le fueron aquéllas al Fiscal Quinto Superior, resolvió este funcionario, por auto de 18 de septiembre siguiente —acogiendo la argumentación del Dr. Gaitán Mahecha, defensor de Félix Donaldo Mendoza, uno de los sindicados— "declarar nulo todo lo actuado en este sumario por el señor Juez 34 de Instrucción Criminal, a partir del folio 86 vuelto del cuaderno número 1, hasta el folio 85 del cuaderno número 3", y responder la actuación invalidada;

e)—Apeló de esta última providencia el señor Procurador Delegado en lo Penal, y fue así como el negocio subió al Tribunal Superior de este Distrito, entidad que decidió el recurso dictando los autos cuya publicación en la revista "Justicia" dió origen a la denuncia de que se hace mérito.

La controversia giró en torno a las tesis sustentadas por la defensa, que acogió el Fiscal Quinto Superior de Bogotá, y desechó el Tribunal, en relación con la carencia de jurisdicción en el doctor Yepes Lalinde, por no haber recibido éste la respectiva comisión del Fiscal Superior de Cartagena, sino del Ministerio de Justicia, lo que dió lugar a "una serie de actuaciones nulas, de nulidad absoluta, irregulares, que implican la ausencia de jurisdicción y competencia en su persona, para realizar esa investigación y para no tener la mesura suficiente, en materia de respetar la jerarquías legales y constitucionales".

Para llegar a conclusión distinta, el Tribunal se extendió, por su parte, en diversas consideraciones sobre el régimen de las nulidades por incompetencia de jurisdicción; facultades de los jueces de Instrucción como funcionarios con jurisdicción en todo el territorio nacional; atribuciones de los Fiscales de de Juzgados Superiores bajo la vigencia del Decreto 1231 de 1951; funciones de la Procuraduría General de la Nación en los procesos penales, y otros temas vinculados al debate, sin exclusión del referente a la gramática y latines del apoderado de Mendoza, sobre cuyos modos de expresión ironiza el Tribunal más de la cuenta, con excesiva e innecesaria actitud.

Preciso era atender al contenido de las providencias publicadas en el referido ejemplar de la revista "Justicia", para concluír que allí no se hace revelación ninguna que configure delito.

En efecto, dos son las disposiciones sustantivas, la segunda de éllas incluída en el Código de Procedimiento, frente a las cuales corresponde examinar el hecho denunciado. Dicen, en su orden:

"Artículo 173 (del Código Penal). — El funcionario o empleado público que haga conocer pública o privadamente documentos o noticias que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en la privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos si no mediare perjuicio. Si de tal hecho resultare perjuicio, en vez de multa incurrirá en arresto de diez días a dos años.

"Si la violación del secreto o reserva tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado, la multa se reducirá desde una tercera parte hasta la mitad".

"Artículo 276 (del Código de Procedimiento Penal). — El que revelare, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, a persona distinta de las señaladas en el artículo 274, mientras no se hubiere ejecutoriado el auto de proceder o el de sobreseimiento definitivo, incurrirá en multa de cien a quinientos pesos. Si la infracción se llevare a cabo por medio de la prensa, del radio, o de anuncios o

carteles fijados en público, incurrirán también en la sanción expresada el director del periódico, de la imprenta o de la empresa radiodifusora que hubiera hecho la publicación y el autor de esta última.

"Si de la infracción fuere responsable alguno de los empleados que han conocido del sumario en ejercicio de su cargo, incurrirá, además, en la pena de suspensión del empleo que ejerza, por un período de seis meses a un año, y, en caso de reincidencia, en la destitución e incapacidad para ejercer cargos públicos por un término de dos a cuatro años.

"De las infracciones a que se refiere este artículo conocerá el juez competente del lugar en donde se hubieren cometido, de oficio o por denuncio del funcionario instructor o de cualquier particular, mediante un juicio que se sustanciará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 623 a 632 de este Código".

Se infiere de las anteriores normas que el hecho sancionado en la primera se comete por el funcionario o empleado público que haga conocer pública o privadamente "**documentos o noticias que deba mantener en secreto o reserva**", y el castigado en la segunda, por todo aquel que revelare, en todo o en parte, "**el texto o contenido de las piezas que forman el sumario**", a persona distinta de las señaladas en el artículo 274 (subrogado por el artículo 1º de la ley 107 de 1943); y como en ninguna de las dos providencias a que el denunciante hace referencia se insertaron documentos o noticias que impusieran el secreto o reserva, ni pieza alguna de la investigación adelantada contra Félix Donaldo Mendoza y otros por homicidio se transcribió o comentó en éllas, para que pudiera decirse que se reveló su contenido total o parcialmente, su publicación no entraña ilicitud que deba investigarse.

El objetivo que la ley persigue al tutelar la reserva de las investigaciones penales es el favorecer la averiguación de la verdad con la efectividad de las pruebas que conducen a ella, porque, como escribe Manduca, "la publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo del instructor; quitarían a la instrucción la seguridad y unidad de su marcha; permitirían al inculpado y sus cómplices, no todavía descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando o corrompiendo los testigos, presentándolos falsos en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia".

Pero hay que distinguir entre lo que es sumario y lo que es actuación. "Llámase sumario —dice el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal— la reunión de las diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción". En cambio, por actuación se entiende el conjunto de resoluciones que dicta el instructor para impulsar el proceso. Llamadas autos interlocutorios y autos de sustanciación.

Ahora bien: no es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso constituyendo su prueba. Para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo la prohibición legal, es necesario que en éllas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, alguno de los elementos probatorios allegados al proceso.

En los autos cuya publicación originó la queja del doctor Galtán Mahecha ningún dato, noticia, documento o diligencia se revela, en todo o en parte, que dé a conocer aspectos probatorios del sumario seguido contra Félix Donaldo Mendoza y otros por homicidio, y las transcripciones que allí se hacen de comunicaciones y actos oficiales, informes y constancias de secretaría o providencias de trámite existentes en el mismo, tampoco contienen, a su turno, elementos de prueba que, por serlo, impongan la necesidad de la reserva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de investigar el hecho denunciado.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD.—REQUERIMIENTO

El requerimiento es el acto judicial en virtud del cual se amonesta a una de las partes que interviene en el juicio para que haga —acto positivo— o deje de hacer —acto negativo— alguna cosa. Es el aviso o intimación que hace el funcionario público a determinada persona para que se imponga del contenido de las obligaciones que debe hacer o omitir como consecuencia o resultado de las acciones que se ejercitan dentro del juicio. La omisión o falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas en el auto de requerimiento cuando se halla debidamente ejecutoriado, conlleva, como consecuencia natural y lógica, la denegación de todo recurso.

Tan imperioso es su cumplimiento que para el caso en que el Juez conceda un recurso de apelación sin que el recurrente hubiera pagado las costas, el superior por imperativo legal se abstiene de conocer y ordenar la devolución del negocio al Juzgado de procedencia (Art. 497). Cuando una de las partes abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, ésta puede pedir a aquella su reembolso inmediato y mientras tanto, éste no debe ser oída en juicio (Art. 571). Para que tenga efectividad lo dispuesto en los artículos que se comentan, es indispensable que los gastos se hayan liquidado y que el auto que contiene dicho mandato se halle ejecutoriado.

En estas condiciones la negativa del Juez para conceder los recursos de apelación, reposición o de hecho, no era caprichosa o arbitraria sino legal y justa, bien porque el demandado no había cumplido las obligaciones impuestas por el Juzgado en providencia que estaba debidamente ejecutoriada, ora, porque la ley es terminante en cuanto a los deberes que impone al funcionario para abastecer de dar curso legal a dichas peticiones en virtud de lo dispuesto en los artículos 496, 497 y 571 del Código Judicial.

La denegación de los recursos de apelación, de reposición y de hecho, con base en las disposiciones que reglamentan la liquidación de gastos ocurridos dentro del juicio, no son hechos que configuran los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, porque esta obligación —pago de costas— es requisito de previo cumplimiento para que la parte condenada en ellas pueda ser oída.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Debe la Corte revisar por consulta la providencia de ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por la cual se declara que los hechos investigados no son constitutivos de delitos, y se ordena cesar todo procedimiento en favor del doctor **Luis Saavedra Tenorio**, ex-Juez Cuarto Civil del Circuito, acusado por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Denuncia

En el juicio ordinario sobre reivindicación de bienes adelantado por Avelino Núñez contra Miguel Angel Sánchez y otros, el doctor Saavedra Tenorio —dice el denunciante— siguió conociendo del negocio, después de estar ejecutoriado el auto que concede apelación en el efecto suspensivo de la sentencia de primera instancia. Negó el recurso de apelación que interpuesto a nombre de los demandados contra la sentencia, so pretexto de que sus representados debían pagar varias sumas de dinero que no podían tenerse como costas del juicio, máxime cuando este auto estaba apelado.

Denegó los recursos de reposición, apelación y expedición de copias para efectos de recurrir de hecho ante el Tribunal "con lo cual quedó asegurado el triunfo de la parte pues no había otra forma de ganar el pleito" causando, de esta ma-

nera, perjuicio por más de un millón de pesos. Aceptó el desistimiento de la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante, cuando el auto que concedía el recurso estaba ejecutoriado, siendo evidente que la entidad que tenía jurisdicción para hacerlo era el H. Tribunal y no el Juzgado.

Actuación del Juzgado

La sentencia de primera instancia fue dictada por el doctor Ricardo Valencia, titular en ese entonces del Juzgado Civil del Circuito. Las partes interpusieron recurso de apelación, petición que fue despachada favorablemente para el demandante. El Juzgado en providencia de veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, requirió al demandado por el valor de multas, costas y reembolso de la suma de dinero pagado por el demandante a uno de los peritos. "El pago —dijo el Juzgado— debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de este auto con la expresa advertencia de que se negará la apelación de que se habló anteriormente en caso de no cumplirse el requerimiento aquí ordenado. Fúndase esta providencia en los artículos 496 y 571 del C. J.".

El denunciante solicitó reposición del auto que concede apelación al demandante de la sentencia de primera instancia, como de la providencia que determino los valores que el demandado debe pagar por concepto de gastos y multas del juicio al demandante, recursos que fueron resueltos así:

"Deniega la apelación interpuesta por el doctor Manuel Erazo Pardo contra la sentencia de primera instancia dictada en este juicio con fecha 12 de abril de este año (1951) y se abstiene de resolver el recurso de reposición interpuesto por él mismo contra el auto Nº 150 de 25 de mayo último, ya que por disposición expresa del artículo 571 del Código Judicial no puede ser oído en este juicio mientras que la parte que representa no pague al demandante o a su apoderado las cantidades a que se refiere esa misma providencia. — Firmado, Luis Saavedra".

Se pidió reposición de esta providencia y para el caso de que no se accediera se solicitaron copias con el fin de proponer recurso de hecho ante el Tribunal, pero las peticiones fueron negadas, porque la parte representada por el doctor Erazo Pardo "no puede ser oída en este juicio mientras no pague al demandante o a su apoderado las cantidades de dinero de que allí se habla. Estése por lo tanto a lo resuelto en esta providencia. — Fdo., Luis Saavedra".

El demandante expresó al Juzgado que desistía de la apelación interpuesta contra la sentencia de abril doce de mil novecientos cincuenta y uno; como el demandado no había pagado el valor de las costas, se declara ejecutoriada la sentencia y que se señale fecha para el cumplimiento de la misma. El Juzgado resolvió favorablemente el pedimento de la parte actora, comisionando al Juzgado Civil Municipal para que cumpliera la sentencia. El doctor Erazo Pardo a nombre de Marco Fidel Recio y Antonio María Balcazar interpuso recurso de apelación diciendo que estos señores nada tuvieron que ver con el requerimiento por pago de costas y que la condena fue únicamente para el demandado señor Miguel A. Sánchez, pero el Juzgado expresó:

"En auto de 6 de septiembre próximo pasado se dispuso que el doctor Manuel Erazo Pardo no puede ser oído en este juicio mientras que la parte que representa no pague al demandante o a su apoderado las cantidades a que se refiere la providencia Nº 150 de 25 de mayo último. Y como la parte que dicho apoderado representa, la forman, no sólo el señor Miguel A. Sánchez S. sino también sus demás poderdantes estése a lo resuelto en dicho auto. — Fdo. Luis Saavedra".

Se considera:

El artículo 496 del Código Judicial, dice:

"Cuando la parte condenada en costas por auto ejecutoriado interpone el recurso de apelación contra un nuevo proveído, sin haberlas pagado, el Juez la requiere para que haga el pago. Si pasan cinco días después de la notificación del auto sobre requerimiento y la parte no paga, el Juez le deniega el recurso".

El requerimiento es el acto judicial en virtud del cual se amonesta a una de las partes que interviene en el juicio para que haga —acto positivo— o deje de hacer —acto negativo— alguna cosa. Es el aviso o intimación que hace el funcionario público a determinada persona para que se imponga del contenido de las obligaciones que debe hacer u omitir como consecuencia o resultado de las acciones que se ejercitan dentro del juicio. La omisión o falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas en el auto de requerimiento cuando se halla debidamente ejecutoriado, conlleva, como consecuencia natural y lógica, la denegación de todo recurso.

Tan imperioso es su cumplimiento que, para el caso en que el Juez conceda un recurso de

apelación sin que el recurrente hubiere pagado las costas, el superior por imperativo legal se abstiene de conocer y ordenar la devolución del negocio al Juzgado de procedencia (Art. 497). Cuando una de las partes abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, ésta puede pedir a aquélla su reembolso inmediato y mientras tanto, ésta no debe ser oída en juicio (Art. 571). Para que tenga efectividad lo dispuesto en los artículos que se comentan, es indispensable que los gastos se hayan liquidado y que el auto que contiene dicho mandato se halle ejecutoriado.

En el juicio ordinario sobre reivindicación de bienes iniciado por Avelino Núñez contra Miguel Sánchez y otros, el Juzgado, por auto de mayo veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno, liquidó los valores correspondientes a costas y multas causadas por los demandados, y en dicha providencia se ordenó requerirlos para el pago de esas sumas, "con la advertencia expresa de que si no se cumpliere, se negará todo recurso de apelación". Ejecutoriada esta providencia, toda petición interpuesta bien sea personalmente o por su mandatario judicial era inoperante, por condicionar la ley la efectividad del recurso al pago de las cantidades determinadas en el auto de liquidación.

En estas condiciones la negativa del Juez para conceder los recursos de apelación, reposición o de hecho, no era caprichosa o arbitraria sino legal y justa, bien porque el demandado no había cumplido las obligaciones impuestas por el Juzgado en providencia que estaba debidamente ejecutoriada, ora, porque la ley es terminante en cuanto a los deberes que impone al funcionario para abstenerse de dar curso legal a dichas peticiones en virtud de lo dispuesto en los artículos 496, 497 y 571 del Código Judicial.

"Cuando quiera que la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte —ha dicho la Corte— ya por haber dado lugar a que el Secretario supla con papel común el sellado y no haberlo repuesto con su doble valor en estampillas (Art. 351 C. J.), ya por no haber reembolsado un gasto que siendo de su cargo lo ha hecho la contraparte (Art. 571 ibidem), ya por no haber pagado el porte de correos (Art. 390 y 3º de la Ley 50 de 1933), es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces este deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que, así las cosas, se está ante el cumplimiento de la ley, el que es obligado, por duro que ello sea o parezca (Casación enero 30 de 1933)."

La denegación de los recursos de apelación, de reposición y de hecho, con base en las disposiciones que reglamentan la liquidación de gastos ocurridos dentro del juicio, no son hechos que configuran los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, porque esta obligación —pago de costas— es requisito de previo cumplimiento para que la parte condenada en ellas pueda ser oída. Esta, precisamente, fue la conducta del Juez acusado, y el cumplimiento de la ley no es hecho constitutivo de delito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

Cópiese, notifíque y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

LA RETRACTACION NO DESTRUYE POR SI SOLA, DE INMEDIATO, LO AFIRMADO POR EL TESTIGO EN DECLARACIONES ANTERIORES. — PARA LA PROSPERIDAD DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION SE REQUIERE QUE EL TRIBUNAL HAYA INCURRIDO EN ERROR EVIDENTE DE HECHO O EN UNO DE DERECHO, AL APRECIAR LAS PRUEBAS

1—La retractación no es por sí misma causal que destruya, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien la hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.

2—La causal segunda de casación se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto.

3—En casación lo que no se sustenta adecuadamente, resulta ineficaz para abrir un debate de tanta magnitud como es el de examinar si la sentencia impugnada violó concretas normas del derecho positivo.

4—El tema referente a la ausencia de prueba para condenar, porque no está demostrado el cuerpo del delito o la responsabilidad del agente, puede discutirse en casación sólo con base en la causal segunda, porque es ésta la que contempla el error manifiesto de la sentencia al dar por establecido, sin estarlo, uno de esos hechos fundamentales; y naturalmente, tratándose de juicios fallados por jueces de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

Con aplicación en su mínimo del artículo 373, inciso 2º, del estatuto represivo, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a la procesada María Antonia López de Reina a las penas principales de un año de prisión y multa de cien pesos, como responsable del delito de lesiones personales en Jorge Vergara, su cuñado, según sentencia de fecha 26 de octubre de 1953.

Impugnado ese fallo en casación por el señor defensor, éste presentó ante la Corte la correspondiente demanda, que sustenta en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Como la causal segunda afecta más radicalmente el proceso, por cuanto el actor plantea la absolución de la acusada, es el caso de estudiar dicho motivo en primer término.

Errada interpretación o apreciación de los hechos

Tres son las acusaciones por este aspecto, a saber:

1ª Que el Tribunal no tomó en cuenta la última diligencia de careo realizada entre el ofendido y María Antonia López de Reina, prueba favorable a esta última, en virtud de que Vergara se retractó de los cargos que le hizo en la denuncia. "El honorable Tribunal —dice el demandante—, al no apreciar este hecho y darle a la denuncia un valor probatorio que no tiene después del careo referido, incurrió en un error de hecho y la sentencia por tal entidad proferida, adolece del vicio previsto como causal segunda de casación en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal";

2ª Que el mismo sentenciador les atribuyó un valor probatorio que no tienen a los testimonios de los esposos Emilio Angel e Isabel Camacho de Angel, puesto que ellos incurrieron en "contradicciones, dudas, vacíos y vacilaciones... y son tan idénticos sus dichos, y tan continuo y parecido el proceso de su desenvolvimiento en las distintas diligencias, que cualquiera persona desprevenida que lea este expediente puede hacer, a primera vista, estas observaciones fundamentales y deducir esta concomitancia altamente sospechosa"; y

3ª Que "no apreció o apreció erradamente en su valor probatorio la diligencia de reconstrucción de los hechos y especialmente el dictamen de los peritos que actuaron en la producción de esa pieza procesal", documentos de los cuales se deduce que la noche en que ocurrió el hecho delictuoso, era oscura, y, por eso los testigos no pudieron observar las acciones de los protagonistas.

De todo lo anterior concluye el recurrente que no hay prueba plena para condenar a María Antonia López, y que ésta debe ser absuelta.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en cuidadosa Vista, refuta cada uno de los cargos de este capítulo de la demanda.

En cuanto al primero —retractación del denunciante—, observa que el Tribunal transcribió el dicho del ofendido con el único fin de hacer la historia de los hechos investigados, pero no lo tuvo en cuenta como prueba para fundar la condena contra la acusada; y, que, en segundo lugar, tal desistimiento en nada perjudica los resultados del proceso, porque el delito se halla suficientemente establecido con otros elementos de convicción, y el ilícito averiguado es de los que se investigan de oficio.

Respecto a la crítica de los testigos presenciales, luégo de copiar sus distintas declaraciones, encuentra el colaborador de la Sala que ellos han manifestado la verdad, ya porque en todo momento relataron con exactitud "el aspecto central de los acontecimientos, y las mismas ligeras desviaciones en detalles sin importancia de su narración están indicando la sinceridad y espontaneidad de sus dichos"; ya porque no tienen ningún interés en perjudicar a la López; ya porque lo que han expuesto, guarda armonía con otras piezas del expediente; y, en fin, porque no se ha presentado "distinta versión contra la cual esté la dada por los esposos Angel".

Por último, el señor Procurador, refiriéndose a la diligencia de reconstrucción de los hechos, expresa:

"Para replicar a cuestión tan elemental, basta con invertir el argumento, diciendo: si los testigos Angel vieron, como lo afirman, y no se encuentra razón para dudarlo, los hechos que por repetidas veces han narrado, es porque la noche en que sucedieron tenía la claridad necesaria para que fuesen vistos".

Considera la Corte:

Retractación del lesionado Jorge Vergara

Al día siguiente de los sucesos, o sea el quince de enero de 1951, Vergara se presentó a la Alcaldía Municipal de Une y manifestó que en la noche anterior, hallándose en compañía de su esposa fuera del poblado y sobre la carretera, bajaron discutiendo Martín Reina y la mujer de éste, María Antonia López, la cual empezó a insultar al denunciante; y que después de cruzarse algunas palabras ofensivas, María Antonia se devolvió y le lanzó una pedrada, que le hizo blanco en la ceja izquierda.

El dos de mayo del mismo año, Vergara y la López tuvieron un careo. El primero le sostuvo firmemente los cargos, y aquélla los negó. Al final de la diligencia, dijo Vergara: "Yo me afirmo y ratifico en mi denuncio y sostengo mi palabra..... Antonia fue la que me hirió en la frente".

Transcurridos casi dos años de practicada esta

prueba y cuando ya el proceso había subido al Tribunal en apelación de la sentencia de primer grado, el defensor pidió un nuevo careo entre los protagonistas. Realizado el acto el 15 de enero de 1953, se lee en el acta respectiva:

"Preguntado el denunciante Jorge Vergara: Ya que dice conocer a la señora que tiene de presente y que se llama María Antonia López Iacheco de Reina, quiere Ud. hacer un relato de cuanto sucedió con tal señora el día 15 (sic) de enero de 1951, en jurisdicción de este Municipio? Contestó: Yo más bien quisiera desistir de ese denuncio en todo caso. Ya como hace harto rato yo no me acuerdo de lo que haya pasado en la fecha indicada... Preguntado por el doctor Mora Riveros, defensor de la procesada al denunciante: ¿Ud. se retracta de las declaraciones que ha formulado contra la señora María Antonia López de Reina? Contestó: Sí señor, me retracto en las declaraciones rendidas contra la señora que tengo de presente".

El Tribunal, en verdad, dejó de apreciar esta última actitud del ofendido, como lo anota el demandante. Pero dicha omisión no desquicia la juridicidad del fallo recurrido, por lo siguiente:

La retractación no es por sí misma causal que destruya, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien la hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.

En el presente caso, el lesionado Vergara, en su último careo con María Antonia, adoptó un comportamiento evasivo como para no comprometerla nuevamente, pues se abstuvo de volver a relatar los hechos, alegando que no los recordaba por el transcurso del tiempo, pero sin decir en ningún momento que las acusaciones anteriores fueran falsas o distintas de la realidad.

Aún más: la aquí llamada retractación es propiamente un desistimiento, un perdón, por parte del ofendido, según se desprende, sin dificultad, de los propios términos empleados por Vergara cuando dice:

"Yo más bien quisiera **desistir de ese denuncio**". Desistimiento que aparece explicable, dados los vínculos de afinidad existentes entre la víctima y su agresor, pues son cuñados.

Y si a esto se agrega, como lo observa el señor Procurador, que el Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio del ofendido para condenar a la López, sino otras declaraciones distintas, y que el desistimiento de la acción penal es impertinente, por tratarse de un delito que da lugar a procedimiento de oficio, concluyese que el cargo examinado carece de razón.

Los testimonios de los esposos Emilio Angel e Isabel Camacho fueron equivocadamente interpretados.

Encuentra el demandante que estos testigos presenciales variaron "completamente los hechos" cada vez que rindieron declaración, en lo concerniente a la hora del suceso, a las personas que en un principio discutían en la carretera, y a la circunstancia de haber visto cuando María Antonia alzó la piedra y la arrojó contra su contendor.

Y luego, sin mayor esfuerzo, el actor tacha de contradictorias, dudosas, vacilantes, uniformes y llenas de vacíos las aserciones de dichos declarantes.

Se replica:

La causal segunda de casación hay que interpretarla en forma que no rompa los moldes especiales y limitados de este recurso extraordinario. Ella prevé una "errada interpretación o apreciación de los hechos", en cuanto la sentencia les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o les negó el que sí tienen, o no los tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o los admitió, no obstante la manifiesta contradicción que ellos implican; y siempre que tales hechos sean "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción". (Art. 567, ordinal 2º, C. de P. P.).

Por lo tanto, la causal mencionada se refiere a aquel yerro extremo y, evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer

caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que los otorga la ley.

Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto.

Es lo que pasa en el caso sub judice. El recurrente trata de destruir los testimonios de Angel y la Camacho, porque primero dijeron que los hechos se habían perpetrado a las ocho u ocho y media de la noche, y después expresaron que las siete o siete y media de la misma noche; porque en un principio expusieron haber encontrado a Martín Reina y a su esposa María Antonia —la procesada— discutiendo entre sí, y luégo manifestaron que oyeron una discusión, pero sin conocer quiénes eran; porque en una oportunidad depusieron ser presenciales del momento en que María Antonia "alzó una piedra y le pegó una pedrada en la cabeza a Jorge hiriéndole", y en otra ocasión testificaron que la acusada "se agachó y seguramente alzó una piedra y se dirigió a donde estaba Jorge", percibiéndose "inmediatamente un golpe y dijo Jorge Vergara: esto era, escalábrame" (sic); porque más tarde cambiaron "totalmente las palabras y los hechos de las personas que colocan como protagonistas", pero sin concretar el demandante en qué consistió ese cambio fundamental; y finalmente, porque "se observa que el binomio testimonial aludido emplea los mismos términos, las mismas frases en una y otra de sus declaraciones; inclusive deponen en forma plural, es decir, dicen "vimos", "íbamos", etc.".

Como se ve, en estos pasajes de la demanda no se demuestra que el Tribunal apreció, con máximo y manifiesto error, los testimonios cuestionados, a tal punto que los admitió como presenciales de un hecho que no vieron, en cuanto a la circunstancia de haber sido María Antonia la persona que le ocasionó las lesiones a Jorge Vergara.

Porque, precisamente, los esposos Angel-Camacho han sido persistentes en afirmar, a través de múltiples declaraciones y en careos sostenidos con María Antonia, que ellos presenciaron cuando ésta y el ofendido estaban discutiendo en la carretera y cuando aquélla le lanzó a Jorge la pedrada que lo hirió.

Y dice el Tribunal al respecto:

"Contra esta prueba el defensor de la procesada enderezó porfiadamente varios recursos: careos, reconstrucción de los hechos con el fin de demostrar que esos testimonios se hallaban llenos de contradicciones, vacíos, retractaciones, que los dejaban sin valor ninguno, o, en último análisis, con el de "ligeros indicios". Mas no logró, dada la alta calidad de las exposiciones de los testigos citados, menguar su veracidad, ya que a cada paso, esos testigos enfrentados a los distintos interrogatorios, sostuvieron con la convicción y la certeza que producen los hechos vividos, cada una de sus afirmaciones, cada uno de los hechos que percibieron sus sentidos, a pesar del transcurso del tiempo con que posteriormente fueron recibidas sus deposiciones". Y así es.

Cierto que los testigos incurrieron en algunas discrepancias en las distintas veces que declararon; pero ellas se refieren a hechos secundarios que no afectan lo sustancial del testimonio. Y era obvio que ello aconteciera, porque siendo el testimonio un acto intelectual, en que el testigo tiene que recordar y reproducir hechos pretéritos que hirieron sus sentidos, al expresarlos en palabras, debe valerse de sus aptitudes psíquicas, como son la memoria, el juicio y la imaginación, para revivir los sucesos y traducirlos en el lenguaje que sus capacidades le permitan. Aquí juega, necesariamente, la imperfección humana para reproducir, con estricta fidelidad, el proceso íntegro de un fenómeno percibido. Por eso dicen, con toda razón, los expositores de la materia que, para que el testigo pueda narrar el hecho, es necesario que en su mente haya tenido lugar, aunque sea rapidísimamente, una elaboración crítica de las circunstancias del mismo, un trabajo de selección, una coordinación racional. Es necesario, agregan, que se haya hecho una síntesis orgánica de las percepciones individuales y de su conjunto.

No prospera, pues, este segundo cargo.

Haber dejado de apreciar o apreciarla erradamente, la diligencia de reconstrucción de los hechos, lo mismo que el dictamen pericial.

Sobre el particular, dice el autor de la demanda:

"...El Juzgado acepta que de acuerdo con el grado de visibilidad existente en la noche de los hechos, era imposible observar las acciones de los protagonistas, ya que no hay ninguna constancia en autos de que éstos hubieran tenido el auxilio de la "lámpara pequeña" supuesta por el señor Juez. Esta conclusión la corroboran o reafirman los peritos que intervinieron en la misma diligencia de reconstrucción, al contestar el punto tercero propuesto por el suscrito defensor.... Además, según la época en que se sucedieron los hechos (domingo 14 de enero de 1951), la noche no era de luna de acuerdo con el calendario respectivo, y por lo tanto, la hipótesis en contrario cae por su base".

A solicitud de la defensa y durante la segunda instancia del juicio, el Tribunal ordenó reconstruir los hechos y comisionó al Juez Penal del Circuito de Cáqueza para llevar a término la prueba.

La diligencia se practicó a las ocho de la noche del 15 de enero de 1953, y el Juez dejó, entre otras, las siguientes atestaciones:

"1ª La topografía del terreno es algo quebrada, pero no obstante esto permite normalmente o de día la visibilidad en una extensión aproximada de unos sesenta metros más o menos, distancia que existe entre una y otra curva de la carretera, y por tanto es presumible o atendible que **si la noche en que ocurrieron los hechos era clara o había luna se pudo observar o se podía observar el movimiento de las personas en forma satisfactoria**... 3ª En la hora de la diligencia (ocho p. m.) la noche era oscura, pero no obstante con el reflejo de una lámpara bastante pequeña se podía observar el movimiento de las personas, **y además es de advertir que las personas que generalmente no usan luz en su residencia y que suelen transitar de noche por vías y caminos tienen mayor poder de visión que aquellas que vivimos constantemente con luz y en las ciudades**".

Por su parte, los peritos que actuaron en la inspección ocular ameritada, expusieron:

"**Primera.**—Sobre topografía del terreno y grado de visibilidad.

"La carretera en este sitio tiene un ancho de unos ocho metros aproximadamente, el terreno es algo sinuoso, pero, **permite la visibilidad en noches no muy oscuras.**

"**Tercera.**—Si es posible, de acuerdo con el grado de visibilidad existente, la distancia de la cual se encontraban los actores que los testigos observaron el lanzamiento de la pedrada por parte de la procesada.

"En el momento en que esta diligencia estaba verificándose, la noche era oscura, por lo tanto era imposible que los testigos observaran el lanzamiento de la piedra, **pero siendo una noche de luna o clara sí es factible que un testigo colocado a regular distancia vea el lanzamiento de una piedra u objeto parecido a determinada persona**". (Ha subrayado la Corte).

La sola posibilidad —afirmada por el Juez y los peritos— de que un espectador pueda ver, en el sitio de los sucesos, que alguien arroje una piedra contra otro sujeto, siendo la noche de luna o clara, está indicando que el Tribunal no hizo una apreciación **evidentemente errónea**, al admitir el dicho de los testigos en esa parte, especialmente si se tiene en cuenta la atinada observación del funcionario que practicó la diligencia, según la cual, los sujetos poco habituados a la luz eléctrica, cuando transitan de noche por vías y caminos, "tienen mayor poder de visión" que aquellos otros que viven en las ciudades. Y los declarantes Emilio Angel e Isabel Camacho tenían su residencia fuera del pueblo de Une, como se desprende de su relato consignado en el acto de la reconstrucción.

Además, no es exacto el aserto del señor defensor, cuando dice que en "la época que se sucedieron los hechos (domingo 14 de enero de 1951), la noche no era de luna de acuerdo con el calendario respectivo", pues, cabalmente, si se examina el Almanaque de Bristol correspondiente a esa fecha, se ve que la luna estaba en "cuarto creciente" de las 7 y 26 p. m., en adelante, y, por lo mismo, hay que presumir que la noche en referencia era clara y que los testigos pudieron presenciar los acontecimientos de que trata el proceso, a la hora calculada por ellos, esto es, de 7 a 8½ p. m., aproximadamente.

Por lo visto, resulta inadmisible esta tercera acusación. En consecuencia, la causal segunda debe desecharse.

Cuarta causal.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Esos vicios, son, según el demandante:

Que el Tribunal condenó a la procesada por el delito de lesiones personales, pero sin especificar la naturaleza de las lesiones: si intencionales, culposas o simplemente casuales.

Que el Juez de primera instancia señaló como violado el artículo 374 del Código Penal, en su inciso segundo, y el juzgador ad quem "se limitó a aclarar que se trataba del artículo 373, pero sin proceder a reformar la sentencia en este sentido"; y

Que ni el Juzgado ni el Tribunal dieron cumplimiento al artículo 452 del Código de Procedimiento, relativo a la obligación de interrogar personalmente a la enjuiciada durante el término probatorio.

Afirma el recurrente que las dos primeras irregularidades implican un error en la denominación jurídica del ilícito y generan la nulidad prevista por el ordinal 8º del artículo 198 de la ley procesal. En cambio, respecto de la violación del artículo 452 citado, omite decir en qué clase de nulidad encuadra.

El actor no hizo el menor esfuerzo por demostrar sus tesis, y esa grave falla releva a la Corte de analizar los temas planteados, porque en este recurso extraordinario lo que no se sustenta adecuadamente, resulta ineficaz para abrir un debate de tánta magnitud como es el de examinar si la sentencia impugnada violó concretas normas del derecho positivo.

Primera causal.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Al efecto, el señor defensor puntualiza varios cargos, a saber:

a).—Que "no se encuentra concretado y especificado el elemento intencional del delito, cuestión absolutamente fundamental, porque sin tal requisito explícitamente demostrado y reconocido, no es posible condenar al sindicado";

b).—Que "tampoco está debidamente demostrado en el proceso otro de los elementos constitutivos de la infracción, o sea la acción violenta externa o subrepticia del agente, porque en la sentencia recurrida se dió a los testimonios que figuran en el expediente como prueba de cargo un valor que no tienen, se dejó de apreciar el hecho de que el lesionado Jorge Vergara se retractó en todas sus partes de la denuncia base del proceso, y no se estimó debidamente la prueba pericial que obra en autos"; y

c).—Que el sentenciador negó a la procesada el beneficio de la condena condicional, siendo así que "no existe demostrado el elemento intencional de las lesiones personales o por lo menos hay al respecto una duda que ha debido resolverse en favor de la encausada". Es más: se le dió preferente aplicación al artículo 6º del Decreto Extraordinario Nº 4137 de 1948, en vez del 80 del estatuto represivo con lo cual se violó el artículo 26 de la Carta, el 3º del Código Penal y el 44 y siguientes de la Ley 153 de 1.887.

Igualmente considera quebrantados los artículos 371, 373 y 374 de la Ley 95 de 1936.

Se contesta:

El tema referente a la ausencia de prueba para condenar, porque no esté demostrado el cuerpo del delito o la responsabilidad del agente, sólo puede discutirse en casación con base en la causal segunda, porque es ésta la que contempla el error manifiesto de la sentencia al dar por establecido, sin estarlo, uno de esos hechos fundamentales; y, naturalmente, tratándose de juicios fallados por jueces de derecho.

Por lo tanto, la primera acusación está mal enfocada en la causal primera, y es inoperante.

El segundo cargo ya quedó analizado en el estudio que se hizo de la causal segunda, donde se planteó el mismo problema.

Finalmente, lo concerniente a la condena condicional tampoco prospera.

En efecto, el artículo 6º del Decreto Extraordinario Nº 4137 de 1948 prohibe conceder dicho subrogado penal a los responsables de "delitos intencionales de lesiones personales en los casos contemplados en los artículos 373, 374, 375, 376 y 379 del Código Penal".

Y a María Antonia López, en el fallo demandado, se le impuso la sanción mínima prevista en el segundo inciso del artículo 373 en cita. La sola aplicación de esta norma, unida a la forma como ocurrieron los hechos delictuosos, indica que las lesiones cometidas por la López fueron dolosas. Así quedó, de otro lado, escrito en el auto de proceder del Tribunal, como aparece del siguiente pasaje:

"En esa misma forma plena, el elemento subjetivo de la transgresión recae respecto de la sindicada María Antonia de Heina, no obstante su tenaz y audaz negativa que a través de todo el proceso ha ofrecido, ya que, claramente, surge de las declaraciones de los testigos presenciales que fue la persona que, **exteriorizando su propósito de lesionar**, ultrajó de palabra e hirió a Jorge Vergara al lanzarle un guijarro en su rostro". (Subraya la Corte).

Es de anotar, además, que el recurrente no hizo ninguna demostración en cuanto a la ausencia de ese dolo. Se limitó únicamente a negarlo.

Por último, resulta improcedente el criterio de

benignidad que alega el señor defensor cuando ocurre un tránsito de legislación, si se tiene en cuenta que el artículo 80 del Código Penal no tiene hoy operancia respecto de los delitos intencionales de homicidios y lesiones, según el Decreto Extraordinario Nº 4137 de 1948. Y suspendida una disposición legal, es claro que cesa el imperio de ella. No se puede aplicar lo que no está rigiendo, como es óbvio.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA PERSONA QUE NO SEA ABOGADO INSCRITO EN LA CORTE NO PUEDE SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACION

Cuando la persona que suscribe el escrito que se presenta como demanda de casación no es abogado inscrito en la Corte, este hecho equivale a falta de sustentación del recurso y, por consiguiente, es el caso de declararlo desierto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. — Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

VISTOS:

La Corte, en auto de fecha veintidós de marzo último, declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el señor defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó, entre otros, al procesado Aníbal Ortega Ortiz a la pena de cinco años de prisión y a las accesorias respectivas, como responsable del delito de robo.

En la misma providencia, se ordenó correr el traslado de ley a parte recurrente, advirtiéndole que la demanda debía ser elaborada por abogado inscrito en la Corte. Pero esta exigencia no se cumplió, ya que fue el propio acusado Ortega Ortiz quien presentó un escrito, que él mismo califica de "alegato", encaminado a sostener su irresponsabilidad en el delito que se le imputa. Y ese memorial carece, naturalmente, de la técnica que requiere la demanda de casación, por no ser su autor abogado.

Entre las excepciones que consagra la Ley 69 de 1945, no figura la demanda de casación, porque esta pieza —de estructura exigente y cuidadosa— va dirigida a destruír la presunción de juridicidad que ampara a la sentencia impugnada. Y sólo un experto en las disciplinas del derecho puede plantear ante la Corte un debate de tal magnitud.

La grave deficiencia anotada equivale a falta de sustentación del recurso extraordinario, y procede entonces la declaratoria de hallarse desierto, conforme al artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Por eso, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el defensor de Aníbal Ortega Ortiz contra la sentencia ameritada del Tribunal Superior de Cali.

Condénase en costas a la parte recurrente, las cuales serán tasadas por el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

El objeto de la demanda de casación es la sentencia de segundo grado proferida por un Tribunal Superior de Justicia, y este recurso especialísimo tiende a destruir la presunción de legalidad que ampara a aquel acto jurisdiccional supremo. En tal orden de ideas, el demandante debe combatir las bases o considerandos que llevaron al Tribunal a aplicar determinada norma del derecho positivo que se estima violada, para que se abra ante la Corte el verdadero debate, de alto contenido jurídico, encaminado a decidir si hubo o no quebrantamiento de la ley en el caso sub judice.

Por consiguiente si el actor en casación dejó íntegros, porque no los atacó, los argumentos del Tribunal, la Corte está imposibilitada para volver sobre un problema que ya quedó agotado en las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

En acatamiento al veredicto afirmativo del Jurado, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Isaías Torres Cubillos a la pena de diez y seis meses de presidio y accesorias de ley, como responsable de uso de un documento falso (letra de cambio), según sentencia de fecha 23 de septiembre de 1953, que ha sido recurrida en casación por el propio acusado.

Su defensor presentó oportunamente la demanda. Invoca, en su orden, las causales cuarta, tercera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Como las dos primeras se sustentan en argumentos semejantes y guardan entre sí íntima relación de dependencia, la Corte las estudiará en un solo capítulo.

Nulidad del juicio y desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

El demandante destaca los siguientes vicios en las actuaciones procesales, que, en su concepto, son nulas por contrarias a la ley:

1º Que en la parte motiva del auto de proceder, se dijo que Isaías Torres sólo era responsable de haber hecho uso, a sabiendas, de la letra de cambio; y, sin embargo, en la parte resolutiva de la misma providencia, se le imputó otro cargo distinto, a saber: el de "falsedad perpetrado en una letra de cambio". Con ello, se puso la parte motiva en manifiesta contradicción con la resolutiva del enjuiciamiento; se concretó en esta última la especie del delito, cosa que veda el artículo 431 del Código de Procedimiento; y se incurrió en error sobre la denominación jurídica del ilícito;

2º Que, aun aceptando la responsabilidad de Torres Cubillos en el uso del documento falso, la infracción se realizó el 7 de mayo de 1949; y como en la parte resolutiva del enjuiciamiento y en el cuestionario se dijo que los hechos punibles sucedieron en el mes de septiembre de 1948, se cometió, por lo tanto, error sobre la época del delito; y

3º Que, como consecuencia de las dos fallas anteriores, el cuestionario sometido al Jurado comprendió los elementos constitutivos del de uso de documento falso, y no los del "delito de falsedad perpetrado en una letra de cambio", que fue la imputación que se le hizo a Torres en la parte resolutiva del auto de proceder. "Se le enjuició —afirma el demandante—, por **falsedad perpetrada en una letra de cambio** y se le condena por **el uso a sabiendas de un documento**".

Se violó, así, el artículo 26 de la Constitución, y se puso la sentencia en desacuerdo con el auto de proceder.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal refuta, uno a uno, los cargos del libelo y pide que no se case la sentencia impugnada.

Se considera:

En sustancia, las acusaciones que hoy se formulan en casación fueron las mismas que el competente abogado defensor planteó ante el Tribunal cuando se surtía la segunda instancia del fallo condenatorio dictado por el señor Juez 5º Superior de Bogotá. Y dicha entidad, en la sentencia recurrida, hizo un amplísimo e interesante

estudio sobre esos problemas, reforzando sus argumentos con doctrinas de la Corte y de expositores nacionales y extranjeros. Tánta atención le puso el Tribunal al alegato de la defensa, que empleó la mayor parte de los considerandos en rebatir la tesis de la nulidad y de la incongruencia del auto de proceder con la condena de primera instancia. Ese dilatado análisis del sentenciador está consignado en once folios de su fallo (páginas 7 a 17).

Y ocurre que en este recurso extraordinario, el actor dejó íntegros, porque no los atacó, todos esos argumentos del Tribunal. En consecuencia, la Corte está imposibilitada para volver sobre un problema que ya quedó agotado en las naturales instancias.

Porque no debe olvidarse que el objeto de la demanda de casación es la sentencia de segundo grado proferida por un Tribunal Superior de Justicia, y que este recurso especialísimo, tiende a destruir la presunción de legalidad que ampara a aquel acto jurisdiccional supremo. Y en tal orden de ideas, el demandante debe combatir las bases o considerandos que llevaron al Tribunal a aplicar determinada norma del derecho positivo que se estima violada, para que se abra ante la Corte el verdadero debate, de alto contenido jurídico, encaminado a decidir si hubo o no quebrantamiento de la ley en el caso **sub judice.**

Como lo ha dicho la Sala, "todo se reduce, en el recurso de casación, a presentarle a la Corte un caso de violación de la ley en un proceso criminal.

"Si la sentencia debe ser precisa y fundada, la demanda debe serlo también, puesto que si se trata de desquiciarla, es necesario que se señale cuáles de los cimientos que le sirven de apoyo, son débiles o están mal colocados y por qué y en qué afecta ello su estructura". (Fallo de 9 de febrero de 1954. Casación de Apolinar Marín Pinilla. Gaceta números 2138 y 2139, página 185).

Por consiguiente, la Sala no puede llenar el vacío que contiene el libelo en punto tan fundamental, pues la casación en nada se parece a una tercera instancia. Vale decir que las causales tercera y cuarta son inoperantes.

En la última parte de la demanda, el señor defensor aduce la causal segunda "para el caso de que la nueva Corte Suprema... creyere oportuno modificar" su reiterada doctrina sobre la improcedencia de dicha causal en juicios por jurados. Pero como esto no ha ocurrido, por el contrario, hasta hoy ha venido la Sala ratificando la jurisprudencia mencionada, se abstiene de examinar lo relativo a las pruebas de cargo y de descargo a que se refiere el actor.

Por lo expuesto, la Corte —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con la solicitud del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez. —**Jesús Estrada Monsalve.** — **Domingo Sarasty M.** — **Luis Zafra.** — **Julio E. Argüello R.,** Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA TENERSE COMO DEMOSTRADO UN DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD POR DEMORAS EN LA TRAMITACION EN UN PROCESO JUDICIAL

Reitera la Corte su doctrina conforme a la cual, "Para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable al autor, y por consiguiente, sancionable".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, abril treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente, doctor **Jesús Estrada Monsalve**)

Vistos:

En auto del catorce de abril de mil novecientos cincuenta y tres, la Corte sobreseyó temporalmente en favor del doctor Pedro Gutiérrez Mejía, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, por los cargos que se le hicieron en este proceso, y ordenó practicar las pruebas solicitadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal con miras al perfeccionamiento del informativo.

Se dió cumplimiento a lo dispuesto, y el Ministerio Público, al emitir nuevo concepto sobre el mérito de la sumaria, pide se dicte sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, por cuanto "aparece y queda demostrado que en el presente negocio hubo la apariencia de un delito pero no la existencia real del mismo, ya que el hecho imputado no fue producido ni por intención dolosa ni por culpa del funcionario".

Se considera:

Las diligencias se iniciaron con base en lo resuelto por esta Sala de la Corte, en providencia del 16 de octubre de 1951 (fl. 7), donde al confirmarse la sentencia en que el Tribunal Superior de Manizales declaró prescrita la acción penal y cesado el procedimiento en el proceso contra los doctores Aníbal Arango Escobar, Eduardo Salazar Campuzano, Francisco Giraldo Toro y el señor Humberto Ramírez, acusados de abuso de autoridad, se mandó sacar copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad en que el doctor Gutiérrez Mejía hubiera incurrido, a su vez, por las demoras allí anotadas, y que el señor Procurador Delegado puntualizó entonces así: "...El presente sumario aparece diligenciado con relativa eficacia hasta cuando el funcionario comisionado al efecto lo devolvió al Tribunal para su calificación. Aparece luego en dicho informativo una constancia de la Secretaría del Tribunal, que dice textualmente: '...Señor Magistrado doctor Gutiérrez Mejía: Cumplido lo dispuesto en el auto de 3 de febrero último, paso a su mesa el presente negocio. Marzo 1º de 1948' ...En seguida viene algo insuitado: ...La misma entidad que ordenó investigar las demoras respecto de los ex-Jueces sindicados incurrió en idéntica falta, pues no volvió a ocuparse en el asunto hasta el seis de noviembre de 1950, requiriendo al Fiscal para que emitiera concepto sobre la oportunidad de declarar la prescripción. Es decir, una demora de **dos años y ocho meses** para dictar un simple auto de sustanciación..." (fl. 6).

El carácter oficial del doctor Gutiérrez Mejía se demostró con las copias del Acta de sesión de la Sala Plena de la Corte en que fue elegido Magistrado del Tribunal Superior de Manizales y de la respectiva diligencia de posesión, así como de la certificación, emanada de la Secretaría de Gobierno de Caldas, sobre ejercicio del cargo por la época de las demoras investigadas (fls. 15, 34 v., y 53 v.).

Asímismo se practicaron sendas inspecciones

oculares en el expediente de la actuación demorada, para determinar a quién le era ésta imputable (fls. 21 a 32) y para establecer la intensidad del trabajo realizado por el Magistrado incriminado entre el 1º de marzo de 1948 y el 14 de diciembre de 1950, lapso de la inactividad observada (fls. 35 a 40).

Aceptó el doctor Gutiérrez Mejía haber conocido, como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales del expediente contra los señores Aníbal Arango Escobar, Francisco Giraldo Toro, Eduardo Salazar Campuzano y Humberto Ramírez; pero agregó que la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo estaba cumplida cuando el negocio llegó a su despacho, "pues precisamente había subido al Tribunal Superior en obedecimiento a un auto dictado el veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete por el señor Juez Primero Penal de este Circuito de Manizales para conocer de la prescripción del negocio dictaminado por dicho funcionario...", y añadió: "...quiero anotar que dadas las condiciones en que el negocio subió al H. Tribunal, dado el múltiple trabajo y el exceso de expedientes para estudiar, en el ejercicio de mis funciones me he preocupado siempre en dar estricto cumplimiento a la ley pero siempre me preocupé de que en el funcionamiento de mi despacho los negocios fueran despachados administrando una pronta, recta y cumplida justicia. Desde luego en su orden se despacharon preferencialmente aquellos de mayor significación e importancia tales como los de preso etc., etc.".

Interrogado concretamente acerca de la permanencia en su despacho, sin actuación alguna, del asunto en mención, desde el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta, declaró que su demora en fallarlo se explicaba por la "multiplicidad de negocios" llegados a su estudio; que el mismo hecho de hallarse prescrito "lo que le restaba importancia", hizo que el negocio no fuera pasado por el auxiliar a su mesa "en oportunidad más propicia", y que amontonados los expedientes unos sobre otros, sin que fuera fácil discriminarlos, el Magistrado iba despachando preferencialmente los que entraban "con mayor apremio y urgencia". Concluye el doctor Gutiérrez Mejía: "Al hacer un recuento de negocios por motivo de fin de año y del período para dejar las cosas de la oficina al orden del día en el chequeo entró este expediente y entonces se dictó la providencia respectiva, sin que con ella se lesionara en manera alguna los intereses de la justicia, ni los de la sociedad como tampoco de ninguno de los sindicados en los autos...".

Las anteriores explicaciones encuentran en la investigación amplio respaldo, pues de la inspección ocular practicada al efecto resulta que, en la época a que se contraen las demoras investigadas el Magistrado doctor Gutiérrez Mejía elaboró un total de 1.283 providencias (478 fallos y 805 autos interlocutorios), y revisó 2.480 más procedentes de los despachos de sus compañeros de Sala, doctores Arturo Giraldo Upegui y Clímaco Sepúlveda. Dice así la referida diligencia:

"...De lo anterior se deduce que el número de providencias o negocios despachados por el H. Magistrado Dr. Gutiérrez Mejía en el lapso comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho y catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta fue el de tres mil setecientos sesenta y tres (3.763), que es así mismo, la cifra total de negocios que pasaron a su despacho en el período anotado, de conformidad con los datos que arrojan los libros radicadores de la oficina donde despachaba el doctor Gutiérrez Mejía..." (fl. 39.)

Fue, por tanto, eficiente la labor del Magistrado en el estudio de los asuntos a él encomendados en la Sala del Tribunal de que hacía parte; y se comprobaron "la intensidad y rendimiento de trabajo" en su despacho, a que se refiere el señor Procurador Delegado. La demora en referencia no obedeció, de consiguiente, a negligencia o descuido injustificable en el desempeño de su cargo.

Con fecha 14 de abril de 1953, la Sala dictó en favor del funcionario incriminado el auto de sobreseimiento temporal de que se habló al principio y reabrió la investigación, a instancias del Ministerio Público, para que se interrogara nuevamente al doctor Gutiérrez Mejía sobre la afirmación de su Auxiliar Francisco Gutiérrez, según la cual el primero le contestó en varias ocasiones al segundo, cuando éste le insinuaba "si elaboraba el proyecto para que lo revisara", que "ese asunto en sí no era de tanta importancia" (fls. 57 y 58), y para verificar si los negocios que tuvo a su estudio el Magistrado "entre el 1º de marzo de 1948 y el 6 de noviembre de 1950", eran de tal naturaleza que reclamaran preferentemente su atención y le impidieran resolver el sumario contra Aníbal Arango Escobar y otros Jueces dentro del mismo tiempo.

Las pruebas aludidas se practicaron con resultado igualmente favorable a los intereses del sin-

dicado, pues éste manifestó no recordar el hecho referido por su subalterno (fl. 88); y los peritos que intervinieron en la inspección ocular ordenada por la Corte para esclarecer lo relativo a la índole de los negocios que en el despacho del Dr. Gutiérrez Mejía demandaban mayor atención, dejaron la siguiente constancia:

"Teniendo presente los cuadros demostrativos de los negocios que estuvieron al despacho del doctor Gutiérrez Mejía, durante el lapso a que se contrae la pregunta, y fijando como criterio para estimar la gravedad de los mismos, la calidad de las penas impuestas en el Código Penal y la circunstancia de que en ellos hubiese o no detenidos, conceptuamos que el negocio que se adelantaba contra los doctores Aníbal Arango Escobar y otros por el delito de abuso de autoridad, consistente por demoras en la tramitación, reclamaba secundaria atención, que por lo menos la gran mayoría de los negocios que cursaron por el despacho del doctor Gutiérrez Mejía, los cuales casi en su totalidad tienen señaladas penas de prisión, presidio o arresto, es decir, privativas de la libertad, al paso que el delito que allí se investigaba sólo trae consigo una sanción de multa, al tenor del artículo 172 del Código Penal" (fl. 87).

No se configura, pues, en este proceso, la inmisión del delito de abuso de autoridad investigado ya que, como lo sostiene la Procuraduría, existió la apariencia de un delito pero no la existencia real del mismo, por cuanto el cargo imputado no fue el resultado de una intención dolosa ni tampoco culposa del sindicado. En caso similar dijo la Corte:

"Para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material: es necesario o indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable al autor, y por consiguiente, sancionable" (LXIV, 897).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, **sobresee definitivamente** en favor del doctor Pedro Gutiérrez Mejía, por los cargos que como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales se le hicieron en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello. Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EL MAGISTRADO PONENTE ES QUIEN DEBE DICTAR LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS EN JUICIOS DE QUE LA CORTE CONOCE EN UNICA INSTANCIA, AUNQUE TALES PROVIDENCIAS PONGAN TERMINO A LA INSTANCIA Y HAGAN IMPOSIBLE LA CONTINUACION DEL JUICIO

La circunstancia de que algunos autos interlocutorios tengan fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio, no les quita el carácter de autos interlocutorios, los cuales conforme al artículo 46 del C. J. deben ser dictados por el magistrado ponente y no por la Sala cuando se trata de un juicio de que la Sala de Negocios Generales debe conocer en única instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

Con fecha once de septiembre de mil novecientos cincuenta el Magistrado sustanciador del juicio iniciado por The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Huila y Caldas, declaró probadas las excepciones dilatorias de inepta demanda y cosa juzgada.

Con fecha veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta uno los restantes magistrados de la Sala de Negocios Generales resolvieron el recurso de súplica interpuesto contra aquella providencia por el apoderado de la Compañía demandante, confirmando el auto suplicado.

En memorial presentado el cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro pide el mismo apoderado de la compañía demandante se pronuncie "la nulidad del auto por el cual se declararon probadas las excepciones dilatorias en este asunto, y en consecuencia, las del confirmativo del mismo y la de la actuación posterior".

Se apoya la solicitud de nulidad en que el auto que resolvió las excepciones dilatorias se dictó por el solo magistrado sustanciador, y siendo así —según él dice— que conforme al artículo 467 del C. J., este auto tiene fuerza de sentencia, ha debido dictarse aquella resolución por todos los magistrados que componen la Sala.

Considera la Corte que la circunstancia de que algunos autos interlocutorios tengan fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio, no les quita el carácter de autos interlocutorios, los cuales conforme el artículo 46 del C. J. deben ser dictados por el magistrado ponente y no por la Sala cuando, como en el presente caso, se trata de un juicio de que la Sala de Negocios Generales debe conocer en única instancia. Resolver en otro sentido la petición del Dr. Rodríguez Fonnegra sería violar lo dispuesto en norma expresa de ley.

Por tanto se resuelve: No se decreta la nulidad pedida por el Dr. Jaime Rodríguez Fonnegra en su memorial de cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Notifíquese.

Néstor Pineda, — Jorge García Merlano
Secretario.

SE MANTIENE EL AUTO ANTERIOR.—LA PROVIDENCIA QUE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DILATORIA DE COSA JUZGADA ES AUTO INTERLOCUTORIO Y NO SENTENCIA Y SU PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE AL MAGISTRADO PONENTE CUANDO DEL ASUNTO CONOCE EN UNICA INSTANCIA LA CORTE

Si la providencia que decide las excepciones dilatorias sólo hace imposible la continuación del juicio pero no decide sobre lo principal del pleito, ella es un auto interlocutorio y, en consecuencia, cuando se trate de juicio del que deba conocer en única instancia la Corte, su proferimiento corresponde al magistrado ponente y no a la Sala de Negocios Generales.

Tal ocurre, v. gr. aún cuando la excepción que se declara probada es la de cosa juzgada, porque entonces la providencia que declara probada la excepción, no decide sobre lo principal del pleito, esto es, sobre la acción incoada en la demanda, porque ello fue objeto del juicio anterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, primero de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

El señor apoderado de la parte demandante, inconforme con el auto que rechazó la nulidad alegada por aquél, respecto de la providencia que decidió acerca de las excepciones dilatorias propuestas por la Procuraduría Delegada en lo Civil, ha interpuesto recurso de súplica que, por ser procedente, se entra a despachar, previas las consideraciones que siguen.

Da origen al problema el texto del artículo 467 del C. J. que dice:

"Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".

Bastaría para confirmar la providencia reclamada en súplica, el siguiente concepto, por cuanto contiene una doctrina indiscutible a saber:

"... la circunstancia de que algunos autos interlocutorios tengan fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio, no les quita el carácter de autos interlocutorios, los cuales conforme al art. 46 del Código Judicial, deben ser dictados por el Magistrado ponente y no por la Sala cuando, como en el presente caso, se trata de un juicio de que la Sala de Negocios Generales debe conocer en única instancia. Resolver en otro sentido.... sería violar lo dispuesto en norma expresa de ley".

A este considerando que la Sala de Decisión acoge en su integridad, pueden agregarse otras reflexiones colaterales.

Efectivamente reza el artículo 46 del Código Judicial, citado en el párrafo anterior:

"El ponente dicta por sí solo, y bajo su responsabilidad personal, todos los autos de sustanciación e interlocutorios".

Para enmendar los posibles errores, el artículo 511 de la misma obra consagra el recurso, como este de que ahora se conoce, el cual procede para ante los Magistrados restantes de la sala de decisión, que constituye una de las excelentes novedades introducidas por la Ley 105 de 1931, y que explicó la Comisión revisora en los siguientes términos:

"SUPLICA. — Es el único recurso que se dá contra los autos interlocutorios que dicte un Magistrado en calidad de ponente, esto es, cuando no procede como Juez ad quem, lo que quiere decir que respecto de estas providencias, en vez de pedir que sean reformadas o revocadas por su mismo autor, se dirige la solicitud a los magistrado 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 el error si lo ha habido. No hay otra diferencia que ésta entre el recurso 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".

Por tanto, así la letra de la ley como su espíritu admirablemente expresado en la anterior exposición de motivos, dejan entender con suma claridad que se buscó evitar, de un lado el que la providencia fuera revisada por su mismo au-

tor, y de otro, que la sala de decisión concurriera a proferir la providencia desde un principio, y ella misma la revisara.

El artículo 46 del C. J. consagra una regla general. La excepción a esa regla debería encontrarse en un texto expreso: es así que tal texto no existe, luego no hay motivo para introducir, por simple interpretación, una norma excepcional que la ley no consagró.

Existen otros casos previstos por el Código en donde se ha dicho de manera expresa que determinadas providencias, no obstante la forma de autos interlocutorios, reciben un tratamiento distinto para su revisión. Por ejemplo: en materia de juicios divisorios el artículo 1141 del C. J. previene que el recurso de apelación contra el auto del juez que decreta o deniega la división, se sustancia por el superior como de auto interlocutorio y se falla por éste en sala de decisión, si es un Tribunal. Ello indica que, cuando la ley quiere variar el sistema consagrado en una disposición general, la excepción se consagra también por norma expresa.

La diferencia específica entre las sentencias y los autos interlocutorios, consiste en que las primeras resuelven definitivamente sobre lo principal del juicio, en tanto que los segundos no; así se deduce de las nociones expresadas por el artículo 466 del Código Judicial.

La providencia que resuelve sobre un incidente, y de acuerdo con el ordinal 2º del citado artículo 466, es un auto interlocutorio. Las excepciones dilatorias se proponen antes de la contestación de la demanda y se sustancian como un incidente: artículos 330 y 349.

Las excepciones dilatorias se proponen para suspender o mejorar el procedimiento y no para decidir sobre lo principal de él.

Pero el artículo 341 de la misma obra autoriza para que las excepciones de cosa juzgada y de transacción puedan proponerse también como dilatorias, y decidirse antes de la contestación de la demanda.

Se presentaría, con todo, la duda de si la providencia que decidiera acerca de las excepciones de cosa juzgada y transacción, propuestas como dilatorias aunque son por su naturaleza perentorias, viniera a resolver sobre el fondo del pleito y dejara de ser así auto interlocutorio para convertirse en sentencia. Pero la duda se disipa con sólo advertir que la misma razón que llevó al legislador a permitir que se propusieran dichas excepciones como dilatorias, es la que explica que el auto interlocutorio de que se trata conserve su carácter: porque las excepciones de cosa juzgada y de transacción tienden precisamente a evitar que la justicia reviva un proceso ya terminado.

Pues la excepción de cosa juzgada al enervar la demanda, lo que hace es evitar un nuevo pronunciamiento de fondo que ya fue materia de la sentencia que lleva el sello de la cosa juzgada. Otro tanto acontece con la excepción de transacción porque el artículo 2483 del código civil declara que "la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia".

Según esto, aún en la hipótesis de un auto que decida sobre excepciones de cosa juzgada o de transacción, propuestas como dilatorias, hay que reconocer que el pronunciamiento de la justicia no versa sobre lo principal del pleito, es decir, que ese auto aún al hacer imposible la continuación del juicio no equivale a una sentencia.

La Corte en doctrina sentada por el fallo de casación de 17 de diciembre de 1935 (G. J. Tomo XLIII, pág. 632) reafirmó el principio de que las únicas providencias que vinculan al juez son las sentencias y de ahí la necesidad del artículo 467 del C. J. el cual no tiene otra explicación que la de ser la consecuencia lógica de aquel principio; esto es, vincular al juez, constituir la ley del proceso. Así se explica el que surja esa relación de similitud por sus efectos entre un auto interlocutorio, que hace imposible la continuación del juicio y la sentencia que por su naturaleza produce tales efectos.

Pero en manera alguna estos principios fuerzan a tener el auto interlocutorio que declara probadas unas excepciones dilatorias como providencia definitiva que equivalga a sentencia.

El auto interlocutorio que decide el incidente de excepciones dilatorias es verdad impide continuar el juicio tal como se inició, pero porque la demanda no puede admitirse por estar enervada a causa de las excepciones dilatorias.

En cambio, si se trata de una providencia que no sólo hace imposible la continuación del juicio sino que, en el fondo, equivale a la decisión del asunto, entonces sólo habría apariencia de auto interlocutorio mas no realidad del mismo. Esto fue lo que resolvió la Sala de Negocios Generales en la sentencia del 17 de marzo de 1936 pues se dijo: "La providencia del Tribunal que declaraba el pago efectivo hecho por el Departamento, extinguía automáticamente la acción y hacía imposible la prosecución del juicio"...

Por ello, teniendo en cuenta no ya la simple forma sino la fuerza de que estaba dotada la providencia, por referirse a lo principal del plei-

to o sea a la acción deducida en la demanda, el fallo tiene carácter de sentencia. De ahí que no sea aplicable la doctrina sentada en la sentencia de 17 de marzo de 1936, invocada por el recurrente, al problema que ahora se decide porque aquí no militan las consideraciones que se dejaron expuestas en aquella sentencia del 17 de marzo, porque la providencia que declara probadas las excepciones dilatorias y aunque se refiera a la de cosa juzgada, no decide sobre lo principal del pleito, esto es, sobre la acción intentada en la demanda, porque ello fue objeto del juicio anterior.

Basta lo dicho, para que la Sala de Decisión mantenga el auto suplicado.

Notifíquese.

Luis Enrique Cuervo. — Roberto Goenaga. Carlos Bravo, Conjuez. — Jorge García Merlano Secretario.

ACCIONES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — ESTOS CONTRATOS NO PUEDEN PROBARSE EN JUICIO POR MEDIO DE LA CONFESION

1—Cuando la demanda se funda en el incumplimiento de un contrato administrativo celebrado por un Departamento, el actor debe acompañar copia auténtica en papel competente del contrato celebrado por las partes, en defecto de uno de sus originales y la prueba de su revisión y aprobación por el Tribunal Administrativo, quien debe declararlo ajustado a las autorizaciones consignadas en las normas vigentes. Sin esto no existe lo que se llama en derecho procesal la LEGITIMATIO AD CAUSAM, vulgarmente conocida con el nombre de personería sustantiva, es decir, que el demandante no suministró la prueba fundamental de donde deriva su interés para obrar.

2—Es doctrina corriente, tanto de la jurisprudencia nacional como de los expositores, la de que un contrato administrativo es un hecho complejo sometido a formalidades sustanciales, cuyo cumplimiento debe acreditarse convenientemente y que no puede probarse por medio de confesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, primero de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Cuervo A.)

El señor ingeniero Francisco Múnera, vecino de Bogotá, por medio de apoderado, entabló juicio ordinario contra el Departamento del Chocó, para que se hicieran contra éste algunas declaraciones sobre incumplimiento de un contrato que alega el demandante celebró con su contraparte para construir el palacio Municipal de Tadó.

A la demanda le dió curso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó por medio del auto del 30 de enero de 1953; se le corrió traslado a la Gobernación del Departamento y ésta la contestó. Se abrió a prueba el negocio y habiéndose practicado algunas vino luego el traslado para alegar y el proceso quedó preparado para recibir sentencia la cual fue dictada el 28 de junio de 1954, en sentido desfavorable para la parte demandante.

Se observa que, sustanciándose la causa y antes de pronunciar sentencia, el 10 de marzo de 1954 se manifestó impedido el Magistrado Guillermo Valencia Ibáñez que formaba parte de la Sala de Decisión; en auto proferido por el ponente en 22 de los mismos mes y año se declaró al Magistrado Valencia Ibáñez separado del conocimiento y se dispuso que fuera reemplazado por el Magistrado que seguía en turno. Este procedimiento no lo autoriza la ley porque conforme al artículo 80 del Código Judicial son aplicables a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial las disposiciones de los artículos 57 a 67, referentes a los conjueces de la Corte Suprema de Justicia. Y es lo cierto que el artículo 66 de dicha obra no contempla la posibilidad de que el Magistrado que sigue en turno reemplace al que se declare impedido, sino cuando éste resulte ser el que sustanciaba la causa como ponente: en otras palabras, el procedimiento aplicado en el auto del 22 de marzo de 1954 sólo hubiera sido legal si el Magistrado Guillermo Valencia Ibáñez hubiera tenido el carácter de ponente.

En cambio, cuando se declaró impedido el Magistrado Perea Gómez, sí se procedió al sorteo de conjuez habiendo resultado elegido el doctor Gabriel Meluk Alurna.

Así las cosas y de haber seguido rigiendo sin modificación ninguna los artículos 70 y 87 del Código Judicial, el fallo ha debido discutirse y firmarse por los tres magistrados que al tiempo de manifestarse impedido el doctor Guillermo Valencia Ibáñez formaban la sala de decisión. Sin embargo, cuando se dictó el fallo ya había entrado en vigencia el Decreto extraordinario Nº 1591 de 19 de mayo de 1954 (D. O. Nº 28.495 de 4 de junio del mismo año), el cual dividió, en dos Salas, una para lo civil y otra para lo penal, entre otros tribunales, al de Quibdó que, desde entonces quedó constituído con dos magistrados para cada Sala. De esta manera vino a eliminarse la posible nulidad consistente en que sólo dos magistrados hubieran decidido la causa.

En el mismo día, 16 de julio de 1954, se le notificó el fallo al actor; éste apeló y se le concedió el recurso.

Tramitándose la segunda instancia, no se produjo ningún escrito que fundamentara la apelación, y así la Sala habrá de limitarse a estudiar los mismos elementos que fueron apreciados por el Tribunal.

Importa transcribir el siguiente párrafo de la sentencia apelada; que se lee al final de los considerandos y dice:

"Se advierte en el expediente algunas irregularidades respecto a las pruebas de ambas partes, como haber presentado entre otras la del contrato en duplicado escrito en papel simple y un concepto pericial obtenido fuera del juicio, pero como ninguna las tachó y ambas convinieron en haber celebrado el acuerdo contractual sin discrepar en sus cláusulas, el Tribunal pasa por alto estos defectos y falla sobre el fondo".

La Sala no encuentra acertado el parecer anterior; antes por el contrario habrá de concluir que el proceso cae por su base y no es posible tomar una decisión de fondo, precisamente porque no está probado de manera legal el contrato que ha dado origen a este pleito.

En efecto: un contrato administrativo cuyo valor es superior a cinco mil pesos no solamente debe constar por escrito sino que debe venir en original o en copia autorizada como cualquier otro instrumento público porque una de las partes que lo celebra lo hace con el carácter de funcionario; es decir, de alguien que no maneja sus propios intereses sino los de una persona de derecho público cuya manifestación de voluntad, en actos de esta naturaleza, está condicionada por la ley al cumplimiento de varios requisitos sin los cuales el acto no existe o carece de validez.

El hecho de que no se hubiera traído la copia auténtica en papel competente del contrato celebrado por las partes, en defecto de uno de sus originales, es falta de orden probatorio que va contra lo preceptuado por el artículo 632 del Código Judicial, pues hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, cuando las copias de tales documentos se hayan expedido formalmente y vengan autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos.

Pero aún dando por probada la existencia del contrato, con el duplicado escrito en papel simple y que trae un sello de la Contraloría Departamental (fls. 5 a 8 del C. Nº 1) es lo cierto que tal contrato está sometido al requisito de su revisión por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quibdó conforme a lo dispuesto por los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941.

Esta última disposición, que es general, reza así:

"Será obligatoria la revisión por los Tribunales Administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos".

Claro está que las autorizaciones pueden constar en otros actos legales vigentes, distintos de las ordenanzas; pero en tal hipótesis el contrato debe expresar cuál es la norma general que autoriza su celebración. Y al citarla, corresponde al Tribunal Administrativo examinar si realmente las estipulaciones o cláusulas del contrato están comprendidas en la norma de autorizaciones. Porque el Tribunal debe proceder con conocimiento de causa.

Esta es una formalidad o requisito propio de los contratos administrativos y sin la cual no adquieren existencia jurídica. Pero aún suponiendo que se hubiera traído la prueba de la revisión del contrato y de su aprobación por el Tribunal Administrativo, todavía quedaría pendiente de prueba, y como requisito previo para que el contrato entrara a surtir sus efectos, la constitución de la garantía, por parte del contratista, de acuerdo con lo que se estipuló en la cláusula décima-octava a saber:

"Para garantizar el cumplimiento del presente contrato, el contratista constituirá a favor del Gobierno del Departamento una fianza bancaria o de una compañía o de otro organismo debidamente autorizado para ello, por la cantidad de diez mil pesos, requisito éste sin el cual el contrato **no entrará a surtir sus efectos**" (Subraya la Sala).

Así pues el demandante ha debido traer, junto con la prueba adecuada de la existencia del contrato, la de su autorización por el Tribunal Administrativo de Quibdó, quien ha debido declararlo ajustado a las autorizaciones consignadas en las normas vigentes y, por último, ha debido hacerse la prueba de que se constituyó la fianza estipulada en la cláusula 18 del contrato.

Muy cierto es que por parte del Departamento nada se objetó en contra de estas deficiencias; pero no es menos cierto que la ley no admite la confesión, cuando ella proviene de funcionarios o personas públicas, para probar los actos de gestión en que ellos intervienen.

Es doctrina corriente, tanto de la jurisprudencia nacional como de los expositores, la de que

un contrato administrativo es un hecho complejo sometido a formalidades, cuyo cumplimiento debe acreditarse convenientemente y que no puede probarse por medio de confesión.

Siendo ello así, no existe lo que se llama en derecho procesal la legitimatio ad causam, vulgarmente conocida con el nombre de personería sustantiva, es decir, que el demandante no suministró la prueba fundamental de donde deriva su interés para obrar, o sea la acción deducida del contrato que alegó y que pretendió ejercer en la demanda.

Y como la ausencia de este elemento impide tomar una decisión de fondo, que reconozca o rechace el derecho invocado por el demandante, la Sala habrá de revocar la providencia apelada y decidir en su lugar que debe abstenerse de resolver en el fondo.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—Revócase la sentencia apelada, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó en este juicio el veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

2º—No estando probado el interés jurídico, o personería sustantiva del demandante, no es el caso de decretar las peticiones de la demanda.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Roberto Goenaga. — Néstor Pineda. Jorge García Merlano, Secretario.

EL TERMINO DE DOS AÑOS PARA LA PRESENTACION DE LA DEMANDA ORDINARIA CONFORME A LAS NORMAS DE LA LEY 160 DE 1936 DEBE CONTARSE DESDE EL MOMENTO DE LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA EN EL JUICIO BREVE Y SUMARIO, Y NO DESDE LA FECHA DE LA MISMA. — LA CORRECCION DE LA DEMANDA NO BORRA EL EFECTO DE INTERRUPCION DE LA CADUCIDAD QUE SE HA OPERADO CON LA PRESENTACION DE LA PRIMITIVA DEMANDA. — NECESIDAD DE QUE SE HALLEN DETERMINADOS LOS TERRENOS A QUE SE REFIEREN LOS TITULOS PRESENTADOS POR EL ACTOR EN JUICIOS SOBRE PERTENENCIA DE PETROLEOS.

1.—Reafirma la Corte lo decidido en ocasiones anteriores, de que el término de los dos años dentro de los cuales, conforme a la Ley 135 de 1936, puede iniciarse la acción ordinaria ha de contarse desde la ejecutoria de la sentencia proferida en el juicio breve y sumario, y no desde la fecha de la misma sentencia. Porque, aunque el artículo 5º de la dicha ley había dicho 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, que indica el artículo 7º ibidem, la que debe prevalecer para los efectos de la norma que se comenta, pues es la que dá mayores seguridades de certeza y la que mejor se conforma con los usos procesales.

2.—La corrección o enmienda de una demanda, aunque de ella, como es lógico, deba darse traslado al demandado, no es una demanda nueva sino una simple corrección o enmienda, de manera que los efectos producidos por la demanda inicial no se borran como consecuencia de que ella hubiera sido posteriormente corregida o enmendada.

Por consiguiente interrumpido el término de caducidad de una acción por medio de la presentación de la demanda, este efecto no se pierde y la caducidad no se opera porque después haya sido corregida la demanda primitiva y la corrección haya sido presentada después de la fecha en que el dicho término habría expirado.

3.—En múltiples ocasiones ha reiterado la Corte su doctrina sobre determinación de las tierras enajenadas por el Estado, de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos, no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto de una área determinada con la cual dichos títulos se relacionen. Es esencial, a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca sus efectos, que la extensión territorial se determine y concrete".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

I

Mediante providencia de fecha 28 de agosto de 1953, la Sala de Negocios Generales decretó la acumulación de los siguientes juicios que, por el procedimiento ordinario, cursaban ante ella:

a) La oposición presentada por Rufino González Miranda contra la propuesta de la Compañía de Petróleos San Andrés para la exploración y explotación de los petróleos que pudieran encontrarse en un globo de terreno ubicado en los Municipios de Pedraza y Tenerife, en el Departamento del Magdalena. Esta oposición se funda en que una gran

parte de la zona pedida en concesión por la Compañía de Petróleos San Andrés se superpone a las tierras de "Somoa" o "Heredia" o "San Luis Beltrán", cuyo subsuelo pretende como propio el opositor.

Las tierras de "Somoa" tienen, según el opositor los siguientes linderos:

"Por el Norte o sea por la parte de abajo, el 'Caño de Moreno' y siguiendo en línea recta hasta la desembocadura del Caño de 'Chaparro' en la Ciénaga de 'Zapayán'; por el Sur o sea por la parte de arriba, el Caño denominado 'Coscorrucio' o 'Coscurnicio' o 'Zapayán'; por el Este desde la desembocadura del Caño de 'Chaparro' en la Ciénaga de 'Zapayán' hasta la boca del Caño de 'Coscorrucio' en la misma Ciénaga, teniendo la mitad de la isla de 'Somoa', la cual se halla en medio de la citada Ciénaga de 'Zapayán', como anexa o perteneciente a dichos terrenos, y por el Oeste el Río Magdalena desde la boca del Caño de Moreno en dicho Río hasta la boca del Caño de 'Coscorrucio' en el mismo río".

b) La demanda ordinaria del mismo señor Rufino González Miranda contra la Nación en que se solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA Que los terrenos denominados 'Somoa' o 'Heredia' o 'Tierras de San Luis Beltrán', determinados al comienzo de la demanda por su extensión, ubicación y linderos, terrenos cuyo subsuelo fue transferido al doctor Rufino González Miranda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud del título emanado del Estado, o sea en virtud de las mercedes hechas por el Cabildo de Cartagena (Colombia) a don Pedro de Heredia Avalos, Simón Machado, Alonso Villoria, a San Luis Beltrán, Gregorio Ortiz de la Mesa, Diego Rebolledo y Antón del Río, en los años de 1595, 1597, 1602, 1630 y 1685; y también en razón de haber reconocido posteriormente el Gobierno de la Colonia el dominio de esas tierras a favor del Maestre de Campo don Fernando de Mier y Guerra.

"SEGUNDA.—Que en subsidio, los precitados terrenos, cuyo subsuelo pertenece al doctor Rufino González Miranda, determinados en la demanda por su extensión, ubicación y linderos, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por prescripción fundada en la posesión de los mismos acompañada de su explotación económica.

"TERCERA.—Que por consiguiente el subsuelo petrolífero y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de los terrenos denominados 'Somoa' o 'Heredia' o 'Tierras de San Luis Beltrán', son de propiedad privada del doctor Rufino González Miranda.

"CUARTA.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores la Nación no puede, o debe abstenerse de contratar el subsuelo petrolífero y demás hidrocarburos que se encuentren o encuentran en el subsuelo de los precitados terrenos de 'Somoa' o 'Heredia' o 'Tierras de San Luis Beltrán' y en especial con la Compañía de Petróleos 'Las Vegas de Colombia' proponente de la propuesta número 239, cuya área cubre gran parte de los mencionados terrenos".

Los linderos señalados a las tierras de "Somoa" o "Heredia" en la demanda ordinaria coinciden esencialmente con los indicados en la oposición. Son a saber: "Por el Norte, o sea por la parte de abajo el Caño de Moreno y siguiendo una línea recta desde donde nace dicho Caño hasta la desembocadura del Caño de Chaparro en la Ciénaga de Zapayán; por el Sur, el Caño denominado 'Coscorrucio', 'Coscurnucio' o 'Zapayán'; por el Oeste el Río Magdalena desde la desembocadura del Caño de Moreno en dicho río hasta la boca de dicho Caño de Coscorrucio en el mismo río; y por el Este y el Sur, desde la desembocadura del Caño de Chaparro en la Ciénaga de Zapayán hasta la boca del Caño Coscorrucio en la misma Ciénaga tomando la mitad de la isla de Somoa, la cual se halla en medio de la citada Ciénaga, como anexa perteneciendo a dichos terrenos a la citada línea que va de la desembocadura del Caño de Chaparro en la Ciénaga de Zapayán hasta la mencionada del Caño de Moreno".

II

Agotado el trámite legal correspondiente es la oportunidad para dictar el fallo, a lo cual se procede mediante las siguientes consideraciones:

Los hechos en que se funda la demanda ordinaria sirven de base para la demanda de oposición y según el actor, son los siguientes:

"a) Entre los años de 1595 y 1630, el Cabildo de Cartagena mercedó a particulares las tierras que se hallan en las barrancas del Río Grande (o sea el Río de la Magdalena) en la margen derecha de éste, río abajo frente al punto llamado entonces Barranca de Matheo Rodríguez (hoy Barranca Vieja), y río arriba de este punto, así: 1) a Pedro de Heredia Avalos tres (3) Caballerías en las Barrancas del río Grande una legua arriba de la barranca que

llaman de Matheo Rodríguez, el 29 de noviembre de 1595; 2) Otras caballerías fueron mercedadas en la misma región a Simón Machado y Alonso Villoria (1.597 y 1.635 respectivamente); a San Luis Beltrán (14 de junio de 1602); a Gregorio Ortiz de la Mesa y Alfonso Ra... (23 de abril y 21 de noviembre de 1630, respectivamente); y a Diego Rebolledo y Antón del Río (en el mismo año de 1630).

"b) Algunas de estas mercedes fueron adquiridas por el citado adelantado don Pedro de Heredia Avalos, quien las juntó a la suya para formar las que después llamaron tierras de 'Somoa' o 'Heredia', las cuales pasaron por herencia al Sargento Mayor Pedro de Heredia Salazar (descendiente de Pedro de Heredia Avalos) quien, como dueño de ellas, las vendió el 20 de noviembre de 1651 por ante el Notario Real de Tenerife don Jacinto Arias al Sargento Mayor Antonio Merieno y a la mujer de éste doña Leonor García de Carruchena por precio de $ 400 de a 8 reales, quedando esta suma impuesta a censo y tributo al redimir sobre dichas tierras, las cuales aparecen descritas así: 'Las tierras que tengo y poseo con la mitad de la isla que llaman de 'Somoa', en el territorio de esta Villa (Tenerife) cinco leguas abajo de ella, el río abajo a la orilla, las cuales lindan con las tierras de dicho Sargento Mayor (el comprador) por la parte de abajo (Caño de Moreno) y por la parte de arriba con el 'Caño de Coscorrucio' el que divide las tierras de las que posee doña Francisca Bernal, y asimismo el sitio de la estancia y bujíos que en ella hay y donde tuve fundada la mía, las cuales poseo y he poseído como heredero de Pedro de Heredia Salazar Avalos, mi padre".

"El 20 de diciembre del mismo año de 1651 Pedro de Heredia Salazar, por ante el mismo escribano real, constituye a favor del culto de San Luis Beltrán en la Villa de Tenerife el censo de $ 400 que, por la escritura de venta anterior, estaba a cargo de los compradores Antonio Merieno y su esposa Leonor García de Carruchena.

"c) Habiendo corrido el tiempo vino a menos la fundación establecida por Heredia Salazar al punto de haber llegado a ser inseguro el rédito de tal obra por fallecimiento de don Antonio Merieno, inquilino del recordado principal, no había otro a quién postular", según lo expuso don Francisco de Avendaño, Obispo de Santa Marta, con cuya intervención y la de don Francisco Javier Carrasco, alcalde ordinario de Tenerife y patrono de la citada obra pía, pasaron dichas tierras al señor don José Fernando de Mier y Guerra, sucesor del mencionado Pedro de Heredia Salazar, estableciéndose a cargo de aquél un nuevo censo.

"d) Poco tiempo después murió el mencionado don José Fernando de Mier y Guerra dejando como heredero y albacea a su sobrino don Gonzalo Joseph de Hoyos, quien solicitó y obtuvo de las autoridades competentes los inventarios, avalúos y entrega de los bienes dejados por don Joseph Fernando de Mier y Guerra, entre los cuales figuraban 'formando un solo globo' los 'potreros de San Luis Beltrán y Zapayán', que constituían las tierras llamadas de 'Heredia' o 'San Luis Beltrán'. Estas diligencias de avalúo, inventario y posesión fueron aprobadas por auto expedido en Mompós el 15 de septiembre de 1780 por el Comandante en Jefe de las Milicias de Popayán y de las Armas de Mompós don Diego Antonio Nieto.

El expediente original contentivo de las mencionadas diligencias fue protocolizado en la Notaría Pública del Circuito de Mompós el 4 de abril de 1914 bajo el número 36.

"e) Las mencionadas tierras pasaron por herencia a Dª María Isabel de Hoyos (hija del mencionado don Gonzalo Joseph de Hoyos), quien por medio de su legítimo esposo Juan Antonio Imbrecht las vendió, con el censo que venía gravándolas, a Pedro Juan Visbal por escritura pública ante la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta el 9 de junio de 1845; y Visbal, a su vez, las vendió a Manuel Alfaro por escritura pública de fecha 21 de marzo de 1846, otorgada ante la Notaría Primera de Barranquilla.

"f) Por escritura pública número 123 de 13 de agosto de 1878, de la Notaría Primera de Barranquilla, el Gobierno Nacional declaró redimido en favor de los herederos del mencionado Manuel Alfaro el censo que desde 1651 gravaba dichas tierras, por haberlo aquéllos redimido ante el Tesoro Nacional desde el 5 de agosto de 1875.

"g) Por escritura pública número 14 de fecha 30 de septiembre de 1876, otorgada ante el Notario del Décimoquinto Circuito de Plato, los herederos de Manuel Alfaro vendieron las mencionadas tierras al señor Benigno Ballestas, quien las poseyó y cultivó y habiendo sido perturbado en su posesión por colonos y nuevos detentadores, solicitó y obtuvo del Gobernador del Departamento del Magdalena el amparo y restitución correspondiente con la aprobación del Ministerio de Hacienda por Resolución de fecha 18 de agosto de 1895.

"h) A la muerte del mencionado Benigno Ballestas sus derechos de propiedad se repartieron entre su viuda Dolores O. de Ballestas, sus hijos Pompeyo Ballestas, Belén Ballestas e Hiperdulia Ballestas de Campbell y su nieto Evaristo del Valle Ballestas, según consta del juicio de sucesión respec-

tivo que fue protocolizado en la Notaría 2ª de Barranquilla bajo el número 1.038 el 8 de noviembre de 1923. Evaristo del Valle Ballestas murió siendo menor de edad, habiendo pasado su parte a su legítima abuela la dicha Dolores O. de Ballestas. La parte que toca a Hiperdulia Ballestas de Campbell pasó por muerte de ésta a sus legítimos herederos, quienes la vendieron al citado Pompeyo Ballestas por escritura número 1349 otorgada ante la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla en 1920, parte ésta que a su vez la vendió Pompeyo Ballestas a la citada señorita Hiperdulia Campbell Ballestas por escritura número 2302 de fecha 5 de diciembre de 1925, otorgada en la misma Notaría.

"i) Los mencionados herederos de Benigno Ballestas celebraron *con González Miranda & Cía.*, sociedad colectiva domiciliada en Barranquilla, el contrato para la exploración y explotación del subsuelo de los mencionados terrenos de *Somoa* o *Heredia* según consta de las escrituras 1487 de 5 de julio de 1923, otorgada ante la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla; 2.200 y 2.203 de 7 de diciembre de 1923; 1.947 de 30 de noviembre de 1925 y 54 de 1926 otorgadas en la Notaría 1ª del mismo Circuito de Barranquilla.

"j) Por escritura pública número 166 de 28 de enero de 1927, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla, los para entonces únicos y exclusivos propietarios de las dichas tierras de *Somoa* o *Heredia* traspasaron al doctor Rufino González Miranda todos los derechos que como propietarios les correspondían en el citado contrato de exploración y explotación celebrado con González Miranda y Cía. y en general cedieron y traspasaron a éste todos cuantos derechos pudieron corresponderles en el subsuelo de los mencionados terrenos.

"Todos los derechos privados del mencionado contrato de exploración y explotación celebrado entre los dichos Ballestas y González Miranda y Cía. pasaron además al patrimonio exclusivo del doctor Rufino González Miranda a la disolución de la mentada Sociedad *González Miranda y Cía.*, de la cual era él socio solidario y principal".

III

La Sala debe ante todo estudiar dos cuestiones suscitadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión.

1ª Según este funcionario, la demanda ordinaria fue propuesta cuando ya estaba vencido el término de dos años que señalan las leyes de petróleos para iniciar esta clase de acciones, cuando por sentencia de la Corte se ha decidido ya en juicio breve y sumario una oposición sobre los mismos terrenos: "Como este ordinario, sostiene el señor Procurador, dice relación a la sentencia de fecha 16 de febrero de 1951, que desechó la oposición presentada por el nombrado Rufino González Miranda a la propuesta número 379, debía el actor presentar su demanda dentro del término de dos años, contados desde la fecha de dicha sentencia, como expresamente lo ordena el artículo 5º de la Ley 160 de 1936. Esta disposición ha querido señalar una fecha precisa como punto inicial del plazo bienal para iniciar el juicio ordinario y al efecto fija la fecha de la sentencia respectiva, y como esta disposición es clara y terminante, no necesita interpretaciones y debe aplicarse en la forma en que está concebida; de lo contrario se violaría dicho precepto".

"La sentencia referida tiene fecha 16 de febrero de 1951, y la demanda primitiva se presentó el día 5 de marzo de 1953, o sea, diez y seis días después de vencidos los dos años que contempla la ley. Además, en virtud de excepciones dilatorias propuestas por esta Procuduría, dicha demanda fue corregida y aclarada por la presentada el 21 de mayo siguiente, o sea, noventa y cuatro días después de vencidos los dos años de la fecha de la sentencia mencionada. Es claro que cuando la demanda fue presentada ya había vencido el plazo de dos años que la ley concede para iniciar el juicio ordinario, y habían transcurrido más de tres meses cuando se presentó la nueva demanda que corrige y aclara la anterior, y que se considera como nueva, ya que de ella hay que correr nuevo traslado y darle la tramitación correspondiente. La primitiva demanda no pudo surtir el efecto de interrumpir el término de caducidad que existía, en el supuesto de que se hubiera presentado oportunamente, porque una vez intentada la nueva demanda, por culpa u omisión del actor, es como si no se hubiera presentado la anterior, la que queda inexistente y sustituida por la última, y por lo mismo, aquélla no pudo surtir efectos legales de ninguna clase".

2ª Con respecto a la oposición, dice el señor Procurador que "el opositor no dio cumplimiento al inciso final del artículo 12 del Decreto número 20 de 1950, dentro del término señalado por el artículo 26 del Decreto reglamentario número 2169 de dicho año, que dice: 'Las oposiciones y los avisos que cursen en el Ministerio de Minas y Petróleos al entrar en vigencia este decreto, se sujetarán a las disposiciones del mismo. El opositor o el aviasante, en su caso, gozarán del término de tres meses para ajustar su demanda a tales disposiciones'.

"El Decreto número 10 entró en vigencia el 19 de enero de 1950, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial, y como en esa época la oposición mencionada se estaba tramitando en el Ministerio, era preciso que el opositor cumpliera lo ordenado en dicho decreto, y como no lo hizo, su derecho se extinguió o caducó, y por lo mismo, no hay demanda legalmente intentada, ya que las disposiciones legales se dictan para ser cumplidas, so pena de incurrir en las sanciones respectivas".

No tiene razón el señor Procurador cuando sostiene en su alegato que debe aplicarse el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que señala la fecha de la sentencia que se haya pronunciado en el juicio breve y sumario como punto de partida para contar los dos años dentro de los cuales pueda iniciarse la acción ordinaria. Porque si bien es cierto que dicho artículo contiene esa norma, no es menos cierto que el artículo 7º de la misma ley en su inciso final señala como punto de partida la ejecutoria de la sentencia.

En varias oportunidades ha dicho esta 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 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 había dicho el artículo que se comenta (el 5º) 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 dá mayores seguridades de certeza y la que mejor se conforma con los usos procesales". (G. J. número 2126, p. 489 y ss.).

Tampoco puede interpretarse como lo hace el señor Procurador la disposición del C. J. que autoriza al demandante para aclarar, corregir o enmendar la demanda. La corrección o enmienda, aunque de ella, como es lógico, deba darse traslado al demandado no es una demanda nueva sino una simple corrección o enmienda de manera que los efectos producidos por la demanda inicial no se borran como consecuencia de que ella hubiera sido posteriormente corregida o enmendada.

No sobra anotar que la corrección de la demanda tuvo por fin anticiparse a la decisión sobre la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, consistente en que —según dicho funcionario— el libelo originalmente presentado podía interpretarse en el sentido de pretender una declaración de dominio, no tan sólo del petróleo y demás hidrocarburos, sino de todo el *subsuelo*. El apoderado del actor corrigió la demanda para eliminar aquella posible interpretación, lo que dio lugar a que el señor Procurador desistiera de la excepción dilatoria "en atención a que las correcciones y aclaraciones introducidas, despejan la obscuridad y falta de precisión de que adolecía la primitiva demanda". (Memorial de 23 de junio de 1953 y Auto de la Sala del 7 de julio siguiente).

Con respecto a la violación del artículo 12 del Decreto número 10 de 1950, la irregularidad formal consistente en que el opositor no "ajustara" su demanda a las prescripciones del citado decreto, quedó eliminada con la posterior actuación del Ministerio del ramo, el cual, no obstante la omisión del opositor, dispuso mediante la Resolución número 465 de fecha 27 de agosto de 1951, suspender el estudio de la Propuesta número 379 y enviarla "con los documentos que la integran, como también el escrito de oposición del señor Juan de D. Illera, apoderado del doctor Rufino González Miranda, y las pruebas en que se apoya (todo con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que esta entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de este juicio, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de esta oposición".

A su vez, la Sala, en providencia de 11 de marzo de 1953, dispuso "tramitar la oposición de Rufino González Miranda a la propuesta número 279 como juicio ordinario de mayor cuantía", procedimiento bajo el cual fue tramitado el negocio, que posteriormente se acumuló, como ya se dijo, a la demanda ordinaria del mismo González Miranda referente al petróleo que pueda encontrarse en las mismas tierras de "Somoa" o "Heredia".

IV

Cumple ahora estudiar en el fondo las dos demandas acumuladas para resolver, como dice el Código de Petróleos hoy vigente, si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de los dos juicios.

Se procede en seguida al estudio de las tres cues-

tiones siguientes, bases indispensables de un fallo en esta materia, a saber: la propiedad actual del demandante, la prueba de que los terrenos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva de 1873, y la determinación de las tierras en que pueda encontrarse el petróleo cuya propiedad se disputa al Estado.

PROPIEDAD ACTUAL

El interés jurídico del opositor demandante deriva de la escritura pública número 156, de fecha 28 de enero de 1927, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, por medio de la cual el señor Pompeyo Ballestas, la señora Dolores O. de Ballestas y las señoritas Belén Ballestas e Hiperdulia Campbell Ballestas, diciéndose propietarias de suelo y subsuelo, "ceden al doctor Rufino González Miranda todos sus derechos en el subsuelo de los terrenos de Somoa o Heredia y en consecuencia todos los minerales, carbón de piedra, gas natural, asfalto, petróleo y demás hidrocarburos que se hallan en dicho subsuelo y en general toda clase de minerales que conforme a las leyes colombianas pertenezcan al propietario del suelo".

Conforme a la cláusula 2ª "a consecuencia de la presente cesión el doctor Rufino González Miranda queda sustituído a los propietarios en todos los derechos que a éstos corresponden en el contrato de exploración y explotación que tienen celebrado con González Miranda y Cía., y por consiguiente el doctor Rufino González Miranda o sus cesionarios podrán contratar con González Miranda y Cía. para anular, modificar, prorrogar, mantener o cambiar en cualquier forma el referido contrato por lo que a la exploración o explotación del subsuelo se refiere, pues es entendido que en virtud de esta cesión pasan a ser propiedad del doctor Rufino González Miranda o de sus cesionarios todos los derechos que pertenecen a los propietarios en el subsuelo de los terrenos de "Somoa" o "Heredia", siendo entendido, "que esta cesión no se refiere al suelo o superficie de los referidos terrenos de 'Somoa' o 'Heredia', pues los derechos sobre el suelo o superficie quedan siendo de propiedad exclusiva de los propietarios".

Como de conformidad con el artículo 652 del C. C. "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 trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada", es necesario estudiar el punto relacionado con los derechos que los cedentes tuvieran sobre las tierras de "Somoa" o "Heredia" y el referente a la propiedad del petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de dichas tierras.

1) — Los cedentes dicen haber adquirido las tierras por adjudicación que se les hizo en la sucesión de Benigno Ballestas, que fue protocolizada por medio de la escritura Nº 1.088 de fecha 8 de septiembre de 1913 otorgada en la Notaría 2ª de Barranquilla, de la cual aparece que el único bien de la sucesión era el terreno conocido con el nombre de "Heredia" o "Somoa" cuyos linderos se indicaron así:

"Por el lado occidental le sirve de límite el río Magdalena, y este río en medio, hace frente al lugar nombrado 'Palmar del Roble'; por el Sur o sea la parte de arriba con el Caño nombrado 'Coscorrucio'; por el norte o sea la parte de abajo con el Caño de 'Moreno' que se halla frente a la parroquia de Barranca Vieja; y por el oriente con la mitad de la isla de 'Somoa' como anexa y perteneciente a dichos terrenos".

En esta sucesión se adjudicó el inmueble llamado "Somoa" o "Heredia" en las siguientes proporciones:

A Dolores Ochoa de Ballestas.....	4	octavas	partes
A Pompeyo Ballestas	1	"	"
A Hiperdulia Ballestas de Campbell	1	"	"
A Belén J. Ballestas	1	"	"
A Evaristo del Valle Ballestas...	1	"	"
El total ocho octavas partes.	8	"	"

2) Por escritura número 1349 de fecha 8 de junio de 1920, Notaría 2ª de Barranquilla, los señores Jorge, Carlos, William, Ricardo, Hiperdulia, Dolores y Alberto Campbell, Jenny Campbell y su marido Roberto A. de Castro, venden a Pompeyo Ballestas los derechos herenciales que puedan corresponderles en la finca "Somoa" o "Heredia" como herederos de Hiperdulia Ballestas de Campbell. Pero no se trajo al juicio ninguna prueba ni del fallecimiento de Hiperdulia Ballestas de Campbell ni de que los vendedores o cedentes fueran herederos de aquella señora. La falta de estas pruebas no queda suplida con la escritura Nº 2902 de fecha 5 de diciembre de 1925 de la misma Notaría 2ª de Barranquilla, por medio de la cual Pompeyo Ballestas cede estos mismos derechos herenciales a Hiperdulia Campbell. De manera que no está demostrado que esta última señora fuera dueña de los derechos que en las tierras de "Somoa" le fueron adjudicados a Hiperdulia Ballestas de Campbell en la sucesión de Benigno Ballestas, derechos equivalentes a la octava

parte proindiviso de dichas tierras.

3) Tampoco figura en el juicio ninguna prueba de que la octava parte adjudicada a Evaristo del Valle Ballestas haya pasado a la señora Dolores O. de Ballestas, como se afirma en la escritura de cesión del subsuelo al demandante, en la cual se dice: "La parte de Evaristo del Valle Ballestas, quien murió de 19 años de edad, en Baranoa el 9 de abril de 1916, pasó a su legítima abuela la dicha señora Dolores O. de Ballestas". No se acreditó en este juicio ni la defunción del señor del Valle Ballestas ni el parentesco de éste con la señora Dolores O. de Ballestas, ni tampoco que ésta hubiera adquirido en ninguna forma la octava parte de la finca "Somoa" que a del Valle se le adjudicó en la sucesión de Benigno Ballestas.

De modo que la señora Dolores O. de Ballestas, el señor Pompeyo Ballestas y la señorita Belén J. Ballestas no podían trasmitir al doctor González Miranda las dos octavas partes que en la sucesión de Benigno Ballestas fueron adjudicadas a Hiperdulia Ballestas de Campbell y a Evaristo del Valle Ballestas, puesto que, como se ha dicho, ni las personas nombradas ni Hiperdulia Campbell Ballestas han probado en el juicio que hubieran adquirido aquellos derechos para poderlos ceder legítimamente al doctor González Miranda. En conclusión el demandante no ha acreditado ser dueño de la totalidad de los derechos al subsuelo de los terrenos de "Somoa" o "Heredia", sino simplemente de seis octavas partes indivisas correspondientes a los cedentes Pompeyo Ballestas, Dolores Ochoa de Ballestas y Belén J. Ballestas.

V

TITULO ANTIGUO

Como se ha visto, tanto en la oposición como en la demanda ordinaria, la prueba de que los terrenos de "Somoa" o "Heredia" salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva de 1873 se hace consistir en "las mercedes hechas por el Cabildo de Cartagena a don Pedro de Heredia Avalos, Simón Machado, Alonso Villoria, San Luis Beltrán, Gregorio Ortiz de la Mesa, Diego Rebolledo y Antón del Río, en los años de 1595, 1597, 1602, 1630 y 1685, y también en razón de haber reconocido posteriormente el gobierno de la Colonia el dominio de esas tierras a favor del Maestre de Campo don Fernando de Mier y Guerra".

No se trajeron al juicio estas mercedes de tierras sino el tomo II del Libro publicado en 1889 en Cartagena por José T. Urueta diciéndose historiógrafo del Departamento de Bolívar, bajo el título "Documentos para la Historia de Cartagena", libro éste que trae la siguiente "Advertencia" del Autor:

"Los documentos que figuran en esta colección se han insertado; conservando la ortografía de sus originales aquellos que el lector no pueda cotejar con los de la fuente de donde se hayan tomado, como las cédulas, impresos antiguos, documentos de la época de la independencia y autógrafos inéditos; y adaptando a la ortografía de la Academia Española aquellos que se encuentren en caso contrario al enunciado".

En este libro se copia lo pertinente tomado de lo que en él se llama capítulo referente a "mercedes de tierra, que el Cavildo de esta ciudad de Cartaxena, ha hecho á diferentes personas, desde el año de mil, quinientos y ochenta y nueve hasta el de mil, seiscientos treinta, y uno".

AÑO DE 1593

"En veinte y nueve de Noviembre del dho. año a Pedro de Heredia, tres cavallerias de tierras Barrancas de Río Grande, una legua arriva de la Barranca que llaman de Matheo Rodríguez, obligando (comido) traer á esta ciudad para su avasto, la terciaparte de lo que (comido)".

AÑO DE 1597

"En (comido) de Agosto del dho. año, á Simón Machado, un Islote que tiene dos cavallerias de tierras en el rio grande, media (comido) e (comido) las (comido) abajo de la Barranca de Matheo".

AÑO DE 1605

"En cinco de Mayo de mil, seiscientos, y cinco á Dn. Alonso de Villoria, seis cavallerias en la orilla del rio grande, tres leguas mas arriva de la Barranca de Matheo Rodriguez, donde tiene hecho un rancho, con el cargo, como está proveydo á los demás".

AÑO DE 1620

"En veinte y tres del mes de Abril del dho. año, á Gregorio Ortiz de la Mesa (comido) cavallerias de tierras (comido) el cam (comido) la Barranca de Matheo (comido) nsso Ramirez siguiendo de (comido) tierras (comido) banda, y otra de el camino real, hasta tierra (comido) Barranca, sin perjuicio".

AÑO DE 1630

"El dho. dia (comido) tan (comido) Diego de Revolledo, dos cavallerias de tierras, en el pedazo de tierra, que ay en el camino de la Barranca de Matheo Rodriguez, linde con las de Alonso Ramirez de Aguilera".

"El dho. dia á Antón del Rio, dos cavallerias de tierra, en el camino de Barranca, después, de entevado el Capitán Diego de Revolledo de las dos que se le conecdieron, sin perjuicio".

En primer lugar, observa la Sala que el autor del libro no hizo estos extractos tomando nota de los originales, que se habían extraviado desde época anterior, a deducir por la "petición" inserta en las páginas 149 y 150 que dice:

"PETICION.—Dr. Juan Castillo de Artajona escrivano público mayor de Governación, de cabildo, Rexistros, visitas de esta ciudad de Cartaxena, paresco ante V. S. en la forma que puedo y digo: que de los libros viejos de los Archivos de cavildo, tenia sacado un Becerro de las mercedes de tierras; que el dho. cavildo, Justicia y Reximiento ha hecho a algunas personas, desde el año de mil quinientos y ochenta y nueve, hasta el de mil seiscientos y treinta y uno—Gonzalo Arias de Aguilera mi antecesor y por cuanto dicho becerro se va comiendo de la plaga de comegen, que se padece, se ha de servir V. S. de mandar, que el presente escribano me dé una copia de él, poniendo por cabeza este escripto, interponiendo su autoridad y decreto judicial, por lo qual a V. S. pido aya por exhibido dcho. Quaderno, y mande hazer según y como llevo pedido, pues es de Justicia y juro lo nezessario, etc.—JUAN CASTILLO DE ARTAJONA".

"AUTO.—Visto este escripto por el señor Maestre de Campo don Martín de Zeballos y La Zerda, Governador y Capitán General de esta ciudad, y su Provincia por su Majestad, mando que el presente escribano saque la copia que se pide y cobre lo que hubiere lugar y a ella interpone su señoria su autoridad y decreto judicial, tanto cuanto puede, y ha lugar en derecho, y lo firmo en Cartaxena de Indias, en ocho de enero de mil seiscientos y noventa años.—DON MARTIN ZEVALLOS Y LA ZERDA. —ante mí, *Ignacio Sánchez de Mora*, escrivano público".

Las copias publicadas en el libro del señor Urueta debieron ser tomadas por él de la copia que del "Becerro" que tenía sacado don Gonzalo Arias de Aguilera, se ordenó expedir por medio del auto anterior; pero además, ellas no suministran las informaciones y datos necesarios referentes a ubicación de las tierras mercedadas como para deducir que son las mismas tierras que forman el todo o de que hacen parte las que en estos juicios llama el demandante con los nombres de "Heredia" o "Somoa".

En efecto:

a) Las tres caballerías mercedadas a Pedro de Heredia en "Barrancas de Río Grande, una legua arriba de la Barranca que llaman de Matheo Rodríguez", no pueden ser —sin arbitrariedad— determinadas ni localizadas en la banda derecha o en la izquierda del Río Grande de la Magdalena.

b) Lo mismo puede decirse de la merced de Alonso de Villoria, referente a "seis cavallerias, a la orilla del Río Grande, tres leguas más arriba de la Barranca de Matheo Rodriguez".

c) La merced de Simón Machado, de "un Isloto que tiene dos cavallerias de tierras en el Río Grande", por su carácter de islote dentro del río, no se ha demostrado que forme parte de las tierras de este pleito.

d) En la merced a Ortiz de la Mesa no se puede saber el número de caballerías comprendidas en su extensión ni dónde estaban situadas las tierras; sólo se leen como referencias "la Barranca de Matheo" y "otra de el camino real".

e) Tampoco hay manera de saber cuáles fueron las tierras mercedadas a Diego de Revolledo y a Antón del Río, ni dónde estaban situadas, si a la banda izquierda o a la derecha del Magdalena:

A Revolledo le fueron mercedadas "dos cavallerías en el pedazo de tierra que hay en el camino de la Barranca de Matheo Rodriguez, linde con las de Alonso Ramirez de Aguilera". Ningún dato se deduce de la referencia a Ramírez de Aguilera, pues las tierras de éste se hallaban "en el camino de la Barranca de Matheo Rodríguez, desde el arroyo que llaman de la Seiba, de una vanda y otra del camino, hasta la entrada del camino real, que linda con tierras del Capitán Diego Matute".

Indeterminada en absoluto es la merced de Antón del Río, de "dos cavallerías de tierra en el camino de la Barranca".

En el hecho b) de la demanda se afirma "que algunas de estas mercedes fueron adquiridas por don Pedro de Heredia Avalos, quien las juntó a la suya para formar las que después se llamaron tierras de 'Somoa' o 'Heredia', las cuales pasaron por herencia al Sargento Mayor Pedro de Heredia Salazar quien, como dueño de ellas, las vendió el 20 de noviembre de 1651 por ante el Notario Real de Tenerife al Sargento Mayor Antonio Moreno y a la mujer de éste doña Leonor García de Carruchena".

No hay prueba en el juicio de que don Pedro de Heredia Avalos hubiera adquirido algunas de estas

mercedes para juntarlas a la suya. Entre las copias tomadas del Archivo Histórico Nacional, figura en el cuaderno número 1, f. 17 v., la venta hecha el 20 de noviembre de 1651 por Pedro de Heredia Salazar a Antonio Merino y su esposa de "las tierras que tengo y poseo con la mitad de la isla que llaman de 'Somoa' en el término de esta villa, *cuatro leguas de ella el río abajo a su orilla*, las cuales lindan con tierras del dicho sargento mayor *por la parte de abajo*, y por la de arriba con el caño de Coscorrucio, el que divide las dichas tierras de las que posee doña Francisca Bernal; y asimismo el sitio de la estancia y bujíos que en ella hay y donde tuve fundada la mía, las cuales poseo y he poseído como heredero de Pedro de Heredia Salazar de Avalos mi padre, de que tengo títulos".

Se deduce de aquí lo siguiente: 1) Que la isla de "Somoa" quedaban en el término de la Villa de Tenerife, cuatro leguas de ella el río abajo a su orilla; o sea, que "Somoa" no estaba en la ciénaga de Zapayán— de la cual ni siquiera se hace referencia— sino que estaba formada por las aguas del Río Magdalena, en un punto situado cuatro leguas abajo de Tenerife; 2) Que por la parte de abajo, o sea el lindero norte según el actor, las tierras vendidas no lindaban con el caño de Moreno, sino con tierras del comprador Merieno; 3) Que el Caño de Coscorrucio, lindero sur de arriba, "divide las dichas tierras de las que posee doña Francisca Bernal"; y 4) Que de la estancia y bujíos no hace el vendedor más indicación que la de estar situados donde tuvo fundada la suya.

En el supuesto de que esta venta sirviera como guía para determinar las tierras mercedadas con anterioridad, de que dá cuenta el libro del señor Urueta, no habiéndose probado que don Pedro de Heredia Avalos hubiera adquirido, para agregar a las suyas propias, las de Alonso de Villoria, Ortiz de la Mesa, Diego de Revolledo y Antón del Río, habría que aceptar tan sólo que lo heredado por Heredia Salazar fueron las tres caballerías mercedadas a Heredia Avalos.

Adicionado en la diligencia de inspección ocular por el señor apoderado del actor, el interrogatorio que debían absolver los peritos para que éstos dijeran "a qué corresponden en las medidas agrarias modernas y en lo referente a la región en qué está situada la finca "Somoa o Heredia", una caballería de tierra", los expertos dictaminaron: que una caballería equivale a 428 hectáreas con 5.364 metros cuadrados (inspección ocular, cuaderno 6, fs. 196 y 206). —Según esto, las tres caballerías mercedadas a Pedro de Heredia Avalos, heredadas por don Pedro de Heredia Salazar y vendidas a Merieno, tendrían una cabida de 1.270 hectáreas con 6.092 metros cuadrados.

En la misma vía de suposiciones cabría pensar que la isla de "Somoa", cuya mitad vende Heredia Salazar a Merieno, situada a cuatro leguas de la Villa de Tenerife, "el río abajo a su orilla", quizá sea el "Islote que tiene dos caballerías de tierras en el Río Grande", de que habla la merced de Simón Machado.

El 19 de diciembre de 1651, don Pedro de Heredia Salazar, "por cuanto la voluntad divina se dignó que en esta villa de Tenerife asistiese muchos días el glorioso y bienaventurado San Luis Beltrán con conocida santidad siendo cura y vicario de las almas de los fieles sus vecinos hasta el año pasado de 1569... he deseado imponer algún censo para sobre él fundar una obra pía en memoria del glorioso Santo y que su renta se gastase en la festividad y advocación de su día; y ahora ha sido nuestro señor servido conseguir tener impuesto a censo cuatrocientos pesos de principal por el valor de unas tierras que el Sargento Mayor Antonio Merieno y doña Leonor García Carruchena su mujer me compraron y están obligados a pagarme con su renta por escritura otorgada ante el presente Escribano en 20 de Noviembre pasado de este año, con lo cual he conseguido mi voluntad. Por tanto, para mayor devoción de los fieles y en memoria del glorioso y bienaventurado San Luis Beltrán y en la vía y forma que mejor haya lugar en derecho, otorgo y establezco, fundo y situo esta obra pía de mi devoción y doy de limosna graciosamente a dicho Santo por donación irrevocable los dichos cuatrocientos pesos impuestos de suso citados, para que ellos perpetuamente y su renta estén afectos como bienes de su dotación..." Como patrón de la obra pía fue nombrado el Alcalde ordinario más antiguo "que fuere elegido cada año para la festividad votiva de esta dicha Villa". (Documentos del Archivo Histórico, C. 1, fs. 16 y 17).

Los términos y condiciones de la venta de Pedro de Heredia Salazar a don Antonio Merieno constan en el documento de fecha 20 de noviembre de 1651, otorgado en el pueblo de Cotoré, término y jurisdicción de la Villa de Tenerife (C. 1, fs. 16 v. 19), que en lo pertinente dice:

Heredia vende a Merieno las tierras que tiene y posee "con la mitad de la isla que llaman de 'Somoa' en el término de esta villa, cuatro leguas de ella el río abajo a su orilla, las cuales lindan con tierras del dicho sargento mayor por la parte de abajo, y por la de arriba con el caño de Coscorrucio, el que divide las tierras de las que posee doña Francisca Bernal y así mismo el sitio de la estan-

cia y bujíos que en ella hay y donde tuve fundada la mía, las cuales poseo y he poseído como heredero de Pedro de Heredia Salazar de Avalos, mi padre, de que tengo título".

El vendedor declara entregar al comprador "de mi mano a la suya el título que de ellas hubo el dicho mi padre con la posesión y demás recaudos en que aprehendió la posessión...".

El comprador Merieno y su mujer Leonor García Carruchena dicen: "...aceptamos esta escritura en nuestro favor y recibimos compradas, de manos de dicho sargento mayor Pedro de Heredia Salazar las dichas tierras y mitad de Isla de suso referidas con todo lo que les pertenece, según y de la manera que se contiene en el título de merced de ellas que a sí mismo recibimos y nos ha sido entregado por título y posesión de ellas... y pagaremos al dicho sargento mayor Pedro de Heredia Salazar, a los suyos o a la persona a quien perteneciere y sucedieren en este censo los cuatrocientos pesos de ocho reales castellanos de valor de las dichas tierras y mitad de Isla, y entre tanto que no los pagáremos, hemos de pagar el tributo y censo de ellos a razón de cinco por ciento en cada un año...".

Por el fallecimiento de don Antonio Merieno, último inquilino del principal de la obra pía fundada por Pedro de Heredia Salazar, el Obispo de Santa Marta doctor Francisco Navarro de Acevedo, autorizó fuera adjudicada la obra a don Josef Fernando de Mier y Guerra, quien otorgó el 17 de julio de 1778 el documento reconociendo la obligación de pagar cuarenta pesos cada año, como censo no redimible sobre las tierras de San Luis Beltrán (ibidem, C. 1, fs. 7 a 11).

Don Ramón Antonio Sánchez, apoderado de don Josef Fernando de Mier y Guerra, pidió al Obispo de Santa Marta mandara librar el competente despacho para que el señor de Mier pudiera tomar judicial posesión de las expresadas tierras, todas aquellas que han sido y son conocidas por de dicho glorioso santo, fijándose con la mayor claridad sus linderos, demarcación y término, de suerte que evite futuros inconvenientes, embarazos y tropiezos; e igualmente que para su título de resguardo en forma, se le devuelva por el comisionado que V. S. Ilustrísima se sirva destinar las diligencias originales que actué a continuación de dicho despacho superior".

Por decreto del Obispo de Santa Marta, fechado en Mompós el 28 de julio de 1778, fue comisionado el Vicario de la Villa de Tenerife "para que sin pérdida de tiempo pase a dar posesión judicial de las tierras propias y conocidas por de San Luis Beltrán, según y como está mandado por auto de once del último de abril y se pide por parte del caballero don Josef Fernando de Mier y Guerra, a quien se le dará testimonio de la notada escritura, su pedimento y este decreto para que ocurra a dicho Vicario a pedir su cumplimiento" (ibidem, C. 1, fs. 11 v. y ss.). Pero no hay prueba en el juicio de que se hubiera dado posesión al señor de Mier.

A petición de don Gonzalo Josef de Hoyos, como primer albacea de la sucesión de don Josef Fernando de Mier y Guerra, se llevó a cabo el 9 de mayo de 1780 por ante el Alcalde de la Villa de Tenerife, la diligencia de inventario de los bienes sucesorales, entre los cuales figuran "los potreros ya dichos nombrados San Luis Beltrán y Zapayán, cuyos linderos son por el frente principal el río Grande la Magdalena dando principio en la boca del caño que nombran de Coscorrucio aguas abaxo con distancia de cinco *leguas* hasta el frente de la boca vieja del Caño que nombran de Moreno cuio curso divide dichas tierras por aquel costado inferior de las del sitio de San Antonio, y por el costado superior el mismo caño de Cuscurrusio y tierras nombradas de Santa Martica propias en el día de Domingo Blanco; y por la espalda la montaña de tierras realengas que hasta ahora han poseído los Indios Chimilas, vajo cuyos linderos se comprenden las expresadas tierras nombradas San Luis Beltrán y Zapayán...". (C. 6, f. 130).

Estas diligencias hacen parte de los documentos protocolizados por doña Candelaria Herrera de Troncoso, Inés G. Ribón de Herrera y Oscar Trespalacios Paz, por medio de la escritura número 36, otorgada en la Notaría de Mompós el 4 de abril de 1914, "los cuales documentos —en cincuenta y cuatro legajos— se encontraban en el archivo del finado padre de ellos doctor Pantaleón Germán Ribón que pertenecía a la mencionada señora doña María Isabel de Hoyos". La copia de la citada escritura número 36 aparece expedida por el Notario de Mompós el 15 de mayo de 1945. Tiene al pie una nota según la cual fue registrada en Mompós, la primera copia, el 11 de abril de 1914, en el Libro Primero, y el 14 de junio de 1944 en el Libro de Registro número 2. En Plato fue registrada el 17 de junio de 1953 en el Libro de Registro número 2.

En el mismo cuaderno 6, f. 29, figura un certificado del Notario de Mompós, de fecha enero 16 de 1954, diligenciando el Despacho número 782 de la Corte, según el cual, "el Libro Segundo del Protocolo de 1914, contentivo de la escritura número 36 del mismo año, que registra varios documentos antiguos, desapareció hace mucho tiempo por la acción del comején".

El Notario de Mompós también expidió copias

"tomadas de sus originales que se encuentran en el protocolo marcado con el número 2 del año de 1805 y que contiene entre otras piezas la causa mortuoria del señor don Gonzalo José de Hoyos, Marqués de Torre Hoyos (C. 6, fs. 95—106), en las cuales se dice que don José Fernando de Mier y Guerra, tío del Marqués de Torres Hoyos nombró a éste su segundo albacea testamentario fideicomisario y tenedor de bienes; se transcriben algunas cláusulas del testamento del señor de Mier y Guerra, entre otras la cláusula 53 que dice: "Teniendo ya declarados por bienes míos tres potreros que constantemente estoy poseyendo, nombrados el uno de 'Zapayán' con sus contiguas tierras que son conocidas por de el glorioso señor San Luis Beltrán compradas éstas posteriormente en $ 800 bajo de ciertos requisitos, reconociéndolos como los reconozco a favor de dicho glorioso Santo"; un escrito de don Gonzalo José de Hoyos dirigido al sargento mayor juez militar en que pide se inventarien y avalúen entre otros bienes de la mortuoria de su tío Dn. José Fernando de Mier y Guerra "los tres potreros nombrados el uno comúnmente de Plato por estar lindando con las tierras pertenecientes a la población de este nombre; el otro de Zapayán y San Luis Beltrán que aunque divisibles entre sí se hallan ambos en un propio continenti, haciendo un mismo globo, todos en jurisdicción de la Villa de Tenerife, y el otro de El Juncal y las islas de Canarias comprendido en el partido del sitio de San Antonio jurisdicción que titulan del Guáimaro"; y partes del testamento del Marqués de Torre Hoyos en que dice que fue casado con doña María Ignacia de Hoyos y Tres Palacios con quien tuvo cuatro hijos legítimos a saber: Doña María Josefa Isabel, doña Francisca Toribia, doña Josefa Joaquina que murió a los 18 años de edad y Dn. Francisco de Paula que también murió a los dos meses de nacido; apartes del testamento de doña María Isabel de Hoyos en que se habla de que fue casada con Juan Antonio Imbrecht y de que poseía el potrero de San Luis Beltrán y Heredia en la jurisdicción de Tenerife (testamento de fecha 29 de mayo de 1835). C. 6, fs. 107 a 110).

Por escritura otorgada en Santa Marta el 9 de julio de 1845 el doctor José Francisco Díaz Granados "a nombre del Sr. Juan Antonio Imbrecht legítimo consorte de la señora María Isabel de Hoyos y como tal legal administrador de sus bienes, ha vendido legalmente al Sr. Pedro Juan Visbal las tierras que nombran de Somoa por el glorioso San Luis Beltrán y que hacen frente río en medio de la Magdalena con el paraje denominado Palmar de Robles en la provincia de Cartagena, y sus linderos son, por la parte de arriba el caño nombrado Coscorrucio, y por la de abajo con el de Moreno que se halla enfrente de la parroquia de Barranca Vieja, con la mitad de la isla de Somoa, como carrera (sic) y perteneciente a dichas tierras, cuya venta ha sido verificada por cantidad de $ 1.400.00 en esta forma: $ 800.00 que se reconocen en las indicadas tierras con el interés de un 5% anual a favor del Glorioso San Luis Beltrán de la Villa de Tenerife, de cuyo capital es patrono el Juez Primero de dicha Villa, y $ 600.00 que en plata corriente tiene recibidos...". (C. 6, f. Nº 156—159).

Por escritura otorgada en Barranquilla el 21 de marzo de 1846 el doctor José Antonio Diago como apoderado de Pedro Juan Visbal vendió las mismas tierras, por los mismos linderos indicados en la escritura que acaba de citarse, al señor Manuel Alfaro (C. 6, f. Nº 111—113).

Por medio de la escritura número 515 otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla el 12 de diciembre de 1890 se protocolizó la escritura número 14 otorgada en Plato el 30 de septiembre de 1876, ante el Notario de dicha población, mediante la cual los señores Federico, María Espíritu Santo, Francisco y Antonio Alfaro venden a Benigno Ballestas "los terrenos denominados Somoa que hacen frente teniendo de por medio el río de la Magdalena con el lugar denominado Palmar de Robles en el estado soberano de Bolívar y cuyos linderos son: Por la parte de arriba con el Caño nombrado Coscorrucio y por la parte de abajo con el de Moreno que se halla frente a la parroquia de Barranca Vieja, con la mitad de la isla de Somoa, como anexa y perteneciente a dichas tierras, cuya isla se halla situada en la mitad de la ciénaga de Zapayán; los cuales terrenos los hubieron los otorgantes por herencia de sus legítimos padres Manuel Alfaro y Catalina Mejía, así como por haber redimido en tiempo oportuno un censo que sobre ellos gravitaba por la suma de $ 640.00 de ley...". (C. 6, f. 13. C. 1, f. 36 y C. 2, f. 41).

No tienen importancia para la decisión de este negocio los siguientes documentos:

1) La actuación referente a la confiscación de los bienes de la marquesa de Torre Hoyos, insertos o protocolizados por medio de la ya citada escritura número 36 de 1914, Notaría de Mompós (C. 6, f. 114—121), que contienen la sentencia de la Corte Superior de Cartagena, de fecha 22 de febrero de 1828, mediante la cual se revocó la sentencia apelada, pronunciada por la Intendencia en 8 de enero de 1825 y en que se declaró: "que los bienes de María Isabel de Hoyos, así los vinculados como los libres, no deben caer en confiscación...".

Ninguna influencia puede tener esta actuación, que no constituía pleito sobre la propiedad de bienes entre el Estado y la Marquesa de Torre-Hoyos, sino acto persecutorio "por ser dicha señora enemiga del Gobierno de Colombia, y por su enemistad emigrada, sin que conste que en tiempo hábil ni hasta hoy haya solicitado siquiera restituirse al territorio de la República en que tiene sus bienes, en observancia de los artículos 2º y 3º de la ley 29 de julio del año que ha expirado... se declara caídos en la pena de confiscación así los bienes libres de la referida Marquesa de Torres Hoyos...". La Corte Superior de Cartagena, en providencia de fecha 22 de febrero de 1828, revocó la resolución apelada y declaró "que los bienes de María Isabel de Hoyos así los vinculados como los libres, no deben caer en confiscación".

En ninguna de estas dos providencias se habla de pleito sobre la propiedad, pero ni siquiera se citan las tierras de "Somoa", de modo que en nada influyen para la decisión de estos negocios.

2) Tampoco tienen influencia en esta decisión la escritura número 123 otorgada en la Notaría de Barranquilla el 16 de agosto de 1878, mediante la cual don Nicolás Jimeno Collante, Agente de bienes desamortizados, declara redimido por Federico Alfaro, madre y hermanas, el censo que a favor del culto que se daba a San Luis Beltrán en la Iglesia de Tenerife, gravaba las tierras conocidas con el nombre de "Somoa", censo "que en virtud de la ley sobre desamortización de bienes de manos muertas, pasó a hacer parte del ramo de bienes desamortizados".

3) Ninguna influencia tiene tampoco la Resolución de la Gobernación del Departamento del Magdalena, de octubre 4 de 1894, relacionada con la petición de Benigno Bullestas "solicitando se le restableciera en la posesión de los terrenos de "Somoa" por actos ejercidos por los vecinos de Heredia sobre los dichos terrenos". Esta controversia sobre ocupación de hecho nada dice en relación con la propiedad ni de las tierras ni menos del petróleo frente al Estado.

VI

De todo lo dicho hasta aquí se sacan las siguientes conclusiones:

1) Las mercedes de tierras de que habla el libro del señor Urueta, o sean las de Pedro de Heredia, Alonso de Villoria, Gregorio Ortiz de la Mesa, Diego de Rebolledo y Antón del Río, no contienen sino una sola referencia, la barranca de Matheo Rodríguez, sin que pueda saberse si las tierras mercedadas estaban situadas a la banda izquierda o a la derecha del río Magdalena. A lo sumo podría admitirse que las tres caballerías mercedadas a Pedro de Heredia son las mismas que posteriormente vendió Pedro de Heredia Salazar a don Antonio Meriano.

2) El libro del señor Urueta habla también de la merced hecha a Simón Machado de "un islote que tiene dos caballerías de tierras en el río Grande, abajo de la barranca de Matheo".

3) Pedro de Heredia Salazar diciendo ser heredero de don Pedro de Heredia Avalos vendió el 20 de noviembre de 1651 al Sargento Mayor Antonio Meriano y a la mujer de éste doña Leonor García de Carruchena las tierras que poseía con la mitad de la Isla de Somoa, en término de la Villa de Tenerife, *"cuatro leguas de allá al río abajo a su orilla"*. De modo que según este documento de venta la isla de Somoa estaba situada en el río Magdalena a cuatro leguas de Tenerife. Los dos únicos linderos que se citan en esta venta son: Por la parte de arriba, el caño de Coscorrucio; y por la parte de abajo, tierras del comprador señor Meriano.

4) En las diligencias sobre adquisición de las tierras de Somoa por don Josef Fernando de Mier y Guerra en 1778 no se expresan los linderos de las tierras adquiridas por él, de las cuales no aparece que se le hubiera dado posesión.

5) En las diligencias de inventarios de los bienes de la sucesión de don Josef Fernando de Mier y Guerra, verificadas el 9 de mayo de 1780, aparecen por primera vez dos datos importantes para los linderos: el Caño de "Moreno", situado a una distancia de cinco leguas del caño de Coscorrucio, río Magdalena abajo, y la montaña de tierras realengas que hasta entonces estaban poseyendo los indios Chimilas, deslindando por la espalda las tierras o potreros que allí se llamaron de San Luis Beltrán y Zapayán. El curso del caño de Moreno "divide dichas tierras por aquel costado inferior de las del sitio de San Antonio".

6) Dos nuevos datos son introducidos a los linderos, en la venta que Juan Antonio Imbrecht hace a Pedro Juan Visbal por medio de la escritura de fecha 9 de julio de 1845, a saber: que las tierras de Somoa hacían frente río Magdalena en medio "con el paraje denominado Palmar de Robles en la provincia de Cartagena"; y que ya el caño de Moreno, cuyo curso constituía en 1780 el lindero norte, no estaba a cinco leguas del caño de Coscorrucio, río Magdalena abajo, sino "frente a la parroquia de Barrancavieja". No se citan aquí las tierras realengas de los Chimilas que sesenta y cinco años antes, deslidaban las tierras por la espalda, o sea, por

el oriente. Estos mismos linderos figuran textualmente en la venta que el 21 de marzo del año siguiente, 1846, hace Viebal a Manuel Alfaro.

7) Modificación importante en los linderos introduce la escritura número 14 de 30 de septiembre de 1876, que contiene la venta de los Alfaros a Benigno Ballestas; aparece por primera vez la Ciénaga de Zapayán, en cuya mitad se hace surgir la isla de Somoa. Fuera de esta novedad, se mantiene el Magdalena como lindero occidental, el caño de Coscorrucio como lindero sur y el de Moreno, frente a la parroquia de Barrancavieja, como lindero norte. Se prescinde de nuevo de las tierras de los Chimilas y del lindero oriental, lo mismo que de toda indicación referente al sitio en que se encuentra la Ciénaga de Zapayán.

8) En el juicio sucesorio de Benigno Ballestas protocolizado por la escritura número 1088, de septiembre 3 de 1913, se conserva el Magdalena como lindero occidental, el caño de Moreno como lindero norte y el de Coscorrucio como lindero sur; pero se introduce un dato nuevo; el lindero oriental lo constituye "la mitad de la isla de Somoa, como anexa y perteneciente a dichos terrenos".

9) Finalmente, en la escritura número 156 de 28 de enero de 1927, por la cual los Ballestas cedieron a González Miranda sus derechos al subsuelo, no se contrae el lindero Norte al Caño de Moreno, sino que se prolonga "siguiendo en línea recta hasta la desembocadura del caño de Chaparro en la ciénaga de Zapayán" el lindero oriental no es ya, como en 1913, la mitad de la Isla de Somoa sino "desde la desembocadura del caño de Chaparro en la Ciénaga de Zapayán hasta la boca del caño de Coscorrucio en la misma Ciénaga, teniendo la mitad de la isla de Somoa, la cual se halla en medio de la citada Ciénaga de Zapayán, como anexa o perteneciente a dichos terrenos".

VII

DETERMINACION DE LAS TIERRAS

En memorial presentado el 4 de mayo de 1953, el apoderado del actor, dentro del término probatorio, pidió se practicara una inspección ocular con intervención de peritos ingenieros para que "localicen, determinen e identifiquen sobre el terreno los linderos de las tierras de Somoa o Heredia" por los linderos señalados en la escritura número 156 de 1927, que contiene la cesión del subsuelo hecha por los Ballestas a González Miranda. En auto de fecha 7 del mismo mayo, fue decretada la práctica de las pruebas, tal como fueron solicitadas.

El Tribunal Superior de Santa Marta, comisionado al efecto, inició el 22 de junio de 1954 una larga inspección ocular con intervención de los peritos doctores Víctor Ricaurte y Francisco Ruiz, el apoderado del actor y el fiscal del Tribunal de Santa Marta, en representación de la Procuraduría, y después de recibir las declaraciones de los testigos Santos Cruz, Eloy de la Cruz, Rafael Orozco, Maximiliano Sanjuán, Francisco Cortina, Lino Tapias, Pedro Bocasnegras, Pablo Guerrero Santander y Nicolás Guerrero Santander (C. 6, fs. 179 a 188), terminó la diligencia el día 26 del mismo mes con las siguientes constancias que dejó el Magistrado que la practicó:

"Mediante la asesoría técnica de los señores peritos y la prueba testimonial de vecinos de las distintas regiones materias de la comisión, obtuvo la certeza de que frente al corregimiento de Barrancavieja, en el Departamento de Bolívar existe el rastro o huella de un antiguo caño, que fue determinado como la boca del caño de Moreno, por todas las personas a quienes se interrogó sobre el particular. Asimismo se constató la entrada, como punto inicial de otro de los linderos, del caño de 'Coscorrucio', situado frente al corregimiento del Palmar de Robles en el Departamento de Bolívar; que siguiendo dicho curso se llegó sin interrupción alguna a la ciénaga de 'Zapayán', otro de los sitios por identificar y deslindar, dentro de la cual se estableció por medio de las mismas pruebas, la ubicación del caño de 'Chaparro'. Más adelante fue precisada la isla llamada por los moradores de esos lugares 'Somoa' o 'Heredia', que se forma por la convergencia del caño 'Bálsamo' con las aguas de la ciénaga de 'Zapayán'. Conforme a los datos obtenidos de la prueba documental que obra en autos, el Tribunal sacó la conclusión de que la referida isla de 'Somoa' o 'Heredia' no debía estar partida en su mitad por la recta de que se habla dirigida entre la iniciación del caño de Moreno, en la ciénaga del mismo nombre, a la entrada del caño de Chaparro, en la ciénaga de 'Zapayán', puesto que las escrituras hablan de la porción de esa isla como anexa a los territorios de 'Somoa' o 'Heredia'. Observación que fue transmitida a los señores peritos para los efectos de su dictamen".

Los peritos, basándose "en la inspección ocular, en los títulos de los terrenos de 'Somoa o Heredia' y en nuestro trabajo tanto en el terreno como en los mapas y planos", llegaron en su dictamen a las siguientes conclusiones:

"PRIMERA.—Los linderos de las tierras de Somoa o Heredia o del Glorioso San Luis Beltrán son

los siguientes, y coinciden con los expresados en las demandas:

"Por el Norte el caño de Moreno desde su boca en la ciénaga de Moreno hasta su boca (hoy cegada) en el Río Magdalena; y de este sitio una línea recta desde la boca del arroyo o caño de Moreno en la Ciénaga de Moreno hasta la boca del arroyo Chaparro en la Ciénaga de Zapayán; por el Occidente el Río Magdalena, aguas arriba, desde la boca del caño de Moreno hasta la boca del caño o arroyo de Coscorrucio o Zapayán; por el Oriente una línea recta que atraviesa la ciénaga de Zapayán en el sector comprendido desde la boca del caño o arroyo de Coscorrucio, en la ciénaga de Zapayán, hasta la boca del arroyo de Chaparro, en la misma ciénaga; por el Sur el caño o arroyo de Coscorrucio desde su boca en el Río Magdalena hasta su boca en la Ciénaga de Zapayán.

"SEGUNDA.—Los linderos anteriormente descritos tienen correspondencia exacta y real con puntos sobre el terreno y con ellos se forma un polígono cerrado y determinado. Dichos linderos se reconocieron como ya se expuso en armonía con lo que sobre el particular expresan los títulos referentes al inmueble objeto de la inspección y que tuvimos a la vista.

"TERCERA.—Los rumbos y distancias de los linderos de las tierras de Somoa o Heredia o del Glorioso San Luis Beltrán son los siguientes: Punto de referencia: El punto de referencia para la descripción de los linderos es la puerta de la Iglesia de Pedraza, cuyas coordenadas determinadas por la Oficina de Longitudes son: Latitud diez grados, once minutos, diez y nueve segundos Norte (10º 11'19" 000 N.) y longitud cero grados, cuarenta y nueve minutos, catorce segundos al Oeste de Bogotá (0º 49' 14" W. de Bogotá), o sean setenta y cuatro grados, cuatro minutos, cincuenta y un segundos con tres décimo de segundo al Oeste de Greenwich (74º 04' 51" 3 W. Gr.). El vértice 'A' de los linderos, o sea la Boca del Caño de Moreno en el Río Magdalena, está a cuatro mil novecientos veintinueve metros con ochenta y un centímetros (4929.81 mts.) con rumbo a S. treinta y un grados, trece minutos, treinta y cuatro segundos W. (S. 31º 13' 34" W.) desde el punto de referencia. (Ver anexo número 1).

"Del vértice 'A' el lindero sigue por la orilla oriental del Río Magdalena, aguas arriba hasta llegar al vértice 'B' o sea a la boca del Caño de Coscorrucio o de Zapayán en el Río Magdalena. La línea recta que une los vértices 'A' y 'B' tiene un rumbo de S. cincuenta y tres grados, treinta y nueve minutos, cuarenta y tres segundos E. (S. 53º 39' 43" E.) y una longitud de quince mil quinientos diez y siete metros con sesenta y siete centímetros (15.517.67 mts.).

"Del vértice 'B' el lindero sigue por el caño de Coscorrucio o Zapayán hasta la boca de este mismo caño en la Ciénaga de Zapayán, a la cual denominamos vértice 'C'. La línea recta que une los vértices 'B' y 'C' tiene un rumbo de N. sesenta y tres grados, once minutos, treinta y tres segundos E. (N. 63º 11' 33" E.) y una longitud de cinco mil ochocientos nueve metros con treinta y tres centímetros (5.809.33 mts.).

"Del vértice 'C' el lindero sigue en línea recta con rumbo N. cincuenta y dos grados, siete minutos, cuarenta y cuatro segundos E. (N. 52º 7' 44" E.) y una distancia de seis mil trescientos cincuenta y dos metros con noventa y siete centímetros (6.352.97 mts.) hasta llegar a la boca del caño o arroyo Chaparro en la Ciénaga de Zapayán, boca que denominamos vértice 'D'.

"Del vértice 'D' el lindero sigue en línea recta con rumbo N. ochenta y cuatro grados, dos minutos, cincuenta y ocho segundos W. (N. 84º 02' 58" W.) y una distancia de veintiún mil novecientos cincuenta y tres metros con sesenta centímetros (21.953.60 mts.) hasta llegar a la boca del caño Moreno en la Ciénaga de Moreno o sea el vértice 'E'.

"Del vértice 'E' el lindero sigue por el caño de Moreno hasta su boca (hoy cegada) en el Río Magdalena, o sea hasta el vértice 'A' cerrándose así el polígono de los linderos de las tierras de Somoa o Heredia o del Glorioso San Luis Beltrán. La línea recta que une los vértices 'E' y 'A' tiene un rumbo de N. sesenta y cinco grados, trece minutos, treinta y seis segundos W. (N. 65º 13' 36 W.) y una longitud de novecientos cincuenta y dos metros con treinta y dos centímetros (952.32 mts.).

"CUARTA.—La propuesta número 289 se superpone en las tierras de Somoa o Heredia o del Glorioso San Luis Beltrán en un área de cinco mil ochocientas ochenta y seis hectáreas, dos mil quinientos metros cuadrados (5.886 hect. 2.500 mts.²).

"QUINTA.—La propuesta número 879 se superpone en las tierras de Somoa o Heredia o del Glorioso San Luis Beltrán en una área de mil doscientas dos hectáreas con nueve mil ciento setenta y cinco metros cuadrados (1.202 hects. 9.175 mts.²").

Dicen los peritos en su dictan que "de los linde-

ros de los terrenos materia de la inspección ocular" tratan los siguientes títulos:

La escritura de 20 de noviembre de 1651, venta de Pedro de Heredia Salazar al Sargento Mayor Antonio Meriено; los inventarios en la sucesión de don Fernando de Mier y Guerra (1780); la escritura de 9 de julio de 1845, venta de Antonio Imbrecht a Pedro Juan Visbal; y la escritura número 156, de 28 de enero de 1927, cesión del subsuelo que hacen los Ballestas en favor de González Miranda. Del estudio de estos documentos sacan los peritos la conclusión de que "estas titulaciones que versan sobre las mismas tierras, las posteriores van aclarando las indeterminaciones de las anteriores".

Considera la Sala:

Se ha visto en capítulos anteriores que no se presentaron las mercedes indicadas en la demanda como medio de enajenación de las tierras de la Corona Española a varias personas, sino solamente el libro publicado en 1888 por el señor José P. Urueta en que se habla de las mercedes concedidas a Pedro de Heredia, Simón Machado, Alonso Villoria, Gregorio Ortiz de la Mesa, Diego Revolledo y Antón del Río, de cuyo estudio se ha sacado en páginas anteriores la conclusión de que son indeterminadas las tierras a que ellas se refieren, y la de que la isla de Somoa—que pudiera considerarse incluída en esas mercedes— debería hallarse formada por el Río Magdalena, según la merced hecha a Simón Machado. También se dijo en otros capítulos de esta sentencia que no se demostró que don Pedro de Heredia hubiera adquirido las mercedes de Machado, Villoria, Ortiz de la Mesa, Revolledo y del Río —como se afirma en la demanda— pero que puede admitirse que lo heredado por don Pedro de Heredia Salazar fueron las tres caballerías mercedadas a su padre don Pedro de Heredia Avalos y que aquél vendió el 20 de noviembre de 1651 al sargento Antonio Meriено.

Pero aún en el supuesto de que el libro del señor Urueta significara, como medio de prueba, un indicio de que las tres caballerías le fueron mercedadas a don Pedro de Heredia Avalos el 29 de noviembre de 1593, y que otro indicio se dedujera de las transacciones entre Heredia Salazar y Meriено, la constitución del censo y los inventarios de 1780 en la sucesión de don Josef Fernando de Mier y Guerra, todo ello reunido constituiría plena prueba de que tres caballerías de tierras frente a la Barranca de Matheo, en la margen derecha del río Magdalena, entre los caños de "Coscorrucio" y "Moreno", salieron del patrimonio nacional durante la época colonial. Nada más que tres caballerías estarían amparadas por esta prueba, las cuales, según el dictamen de los peritos en la misma diligencia de inspección ocular, como ya se ha visto, tendrían una cabida de 1.270 hts. 6.092 metros cuadrados.

Ya se vio atrás que el apoderado del actor, al pedir al prueba de inspección ocular y dictamen pericial, no solicitó la determinación de las tierras mercedadas por el Cabildo de Cartagena ni verificar su cabida, sino tan sólo la determinación de las comprendidas en la escritura número 150 de 1927, cuyo subsuelo fue cedido por los Ballestas a González Miranda. El dictamen de los peritos y la inspección ocular misma no tuvieron —dada la manera como fue pedida y decretada la prueba— otro objeto que esa determinación, aunque para hacerla hubieran mencionado los peritos la escritura de venta de Heredia Salazar a Meriено en 1651, los inventarios en la sucesión de Mier y Guerra en 1780 y las escrituras de 1845 y de 1927.

Pero es que, además del dictamen de los peritos, en sus conclusiones no se refiere concretamente a las tierras que pudieran estar amparadas por los títulos antiguos para establecer si en todo o en parte se encuentran dentro de los linderos de toda la extensión que abarca la demanda. Apenas dicen los peritos que tuvieron en cuenta la escritura de venta de Heredia Salazar a Meriено, los inventarios en la sucesión de Mier y Guerra y los instrumentos de 1845 y 1927 que, en su concepto, "las posteriores van aclarando las indeterminaciones de las anteriores".

Carece el dictamen pericial de la debida fundamentación, sin la cual no tiene el valor de plena prueba, al tenor de lo dispuesto en el artículo 722 del Código Judicial. En efecto, si los peritos tuvieron en cuenta la venta de Heredia Salazar a Meriено, de este documento no se concluye que la isla de "Somoa" se halle, como ellos afirman, hacia el Norte de la Ciénaga de Zapayán, fuera del perímetro de los terrenos de "San Luis Beltrán" y "Zapayán", sino en el término de la villa de Tenerife, "cuatro leguas de ella el río abajo a su orilla".

La jurisprudencia de la Corte con razón ha admitido que documentos de época próxima sirvan para que el intérprete los tome como medio de aclarar puntos dudosos en la determinación de los linderos de las fincas salidas del patrimonio del Estado en época remota; pero pretender que documentos otorgados en épocas tan distantes unos de otros puedan servir, sin someterlos a una crítica razonable, para decidir los puntos oscuros de los alindamientos, va mucho más allá de lo que elementales consideraciones de prudencia y buen juicio aconsejan.

La venta de Heredia Salazar a Meriено se efec-

tuá en 1651, los inventarios en la sucesión de Mier y Guerra en 1780, o sea, ciento veintinueve años después; sesenta y cinco años más tarde vende Imbrecht a Visbal (1845), y setenta y dos años después, los Ballestas ceden sus derechos al demandante González Miranda, en 1927.

Estos diversos actos jurídicos han sido ya estudiados por el aspecto de la determinación de las tierras para llamar la atención a las modificaciones que unos contienen en relación con los otros, en forma que resulta inadmisible la afirmación de los peritos de que los posteriores aclaran las indeterminaciones de los anteriores; tanto más cuanto que las tres caballerías heredadas por don Pedro de Heredia Salazar debieron ser las adjudicadas, a don Pedro de Heredia Avalos, según el libro del señor Urueta, por el Cabildo de Cartagena en 1593.

En múltiples ocasiones ha reiterado la Corte la doctrina ampliamente expuesta en su sentencia de agosto 5 de 1942 sobre determinación de las tierras enajenadas por el Estado, porque, "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionen. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete.

"Para que el fallo que debe pronunciar la Corte produzca el efecto que el legislador ha previsto, se hace indispensable establecer con precisión de qué terrenos se trata y sobre los cuales concretamente ha de declararse fundada la pretensión del interesado particular. Y como en el caso que se considera, los títulos presentados para probar que las tierras salieron del Estado antes del 28 de octubre de 1873 se remontan a las mercedes y composiciones mencionadas, la determinación del terreno que hoy se pretende como de dominio privado exige verificar que aquél se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. Lo esencial no era propiamente la ubicación de los terrenos comprendidos dentro de la demarcación indicada en el memorial (de aviso o de demanda), sino la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona Española a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños del inmueble. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro de la área que corresponde a los primitivos títulos". (G. J. número 1987).

En reciente sentencia de esta Sala, que lleva fecha 9 de marzo de 1935 se reafirmaron aquellas doctrinas en los siguientes términos que en sí mismos sirven para resolver el caso que se estudia en el presente juicio:

"Es verdad que se practicó una inspección ocular en el juicio, durante la cual se reconocieron varios sitios, pero el estudio de los peritos no se refirió en modo alguno a la ubicación de las tierras indicadas en las mercedes, como tampoco se les interrogó sobre aquéllo. Hállase por tanto desprovisto el juzgador de elementos de juicio que lo ilustren en el particular y que sirvieran para deducir dónde se localizan las adjudicaciones coloniales".

"La conclusión a que se llega del precedente estudio sobre la determinación de los terrenos objeto de la demanda, es que nada se consigue para los fines de este juicio con saber que existen realmente las tierras a que se refieren los títulos actuales de los demandantes y que ellas hayan sido localizadas, como se pretende, por medio de la inspección ocular y dictamen pericial practicados, si no se puede relacionar esa propiedad particular con el origen que se le atribuye. En efecto, en el dictamen pericial no se estudió esa relación, ya que los peritos no tuvieron en cuenta para nada los títulos de los terrenos mercedados, limitando su labor a establecer la determinación de los linderos de la propiedad 'Reyes Mutualidad', de acuerdo con los títulos posteriores a 1873, y más concretamente a la descripción de linderos hecha en el libelo de demanda".

En consecuencia no habiéndose demostrado la determinación precisa sobre el terreno de las tres caballerías que don Pedro de Heredia Salazar heredó de su padre don Pedro de Heredia Avalos, la Corte se ve en la imposibilidad de restringir a ellas la propiedad privada como hubiera podido hacerlo si esa determinación se hubiera hecho. En su demanda el actor pretende que las tierras cuyo subsuelo le fue cedido por los Ballestas tienen una extensión superficial de 40.000 hectáreas, de todas las cuales, según queda demostrado en esta sentencia sólo se acreditó que hubieran salido del patrimonio del Estado las tres caballerías mercedadas por el Cabildo de Cartagena en 1593 a don Pedro de Heredia Avalos.

En estas condiciones ni la oposición ni la do-

manda del señor González Miranda pueden prosperar.

VIII

JUSTA PRESCRICION

En su alegato ante la Corte el apoderado del actor señala como pruebas de explotación económica las siguientes:

1) Que en la venta hecha por Heredia Salazar al sargento Meriano se habla de "la estancia y bujíos" que en ellas tenía el vendedor, y la obligación impuesta al comprador de tener labradas las tierras.

2) En el censo impuesto por Heredia Salazar, porque el obispo de Santa Marta, para preferir la propuesta de don Fernando de Mier y Guerra habló del "superabundante abono y seguridad que resulta de adjudicación al consabido caballero don José Fernando que las ha ocupado con sus ganados".

3) Que en la diligencia de inventarios de los bienes de la sucesión de don Fernando de Mier y Guerra se habla de tres *potreros* y de que en ellos "hay varios novillos y caballos pertenecientes a la mortuoria del caballero difunto don Josef Fernando".

4) Aunque el apoderado aduce los testamentos de don Fernando de Mier y del marqués de Torre-Hoyos, no hay en ellos una sola palabra que pueda tomarse o servir como prueba de explotación económica.

5) Que en una declaración rendida en 1793, Toribio Fernando Mojica dijo que tenía arrendado un pedazo de tierra en las de San Luis Beltrán.

Las palabras y frases que se encuentran en los documentos a que se ha hecho referencia, no pueden tomarse como demostrativas de hechos de explotación económica de las tierras que sirviera para estudiar a fondo el problema relativo a la adquisición de las tierras realengas o baldías por medio de la prescripción adquisitiva, por lo cual carece de objeto emprender tal estudio. Y como si esto no bastara, ni se pidió que los peritos determinaran las porciones explotadas económicamente, ni ellos dijeron nada al respecto en su dictamen.

DECISION

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º No está probado el dominio particular del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos objeto de la oposición del señor Rufino González Miranda contra la propuesta de la Compañía de Petróleos San Andrés, registrada en el Ministerio del ramo bajo el número 379, y en consecuencia, es infundada la oposición.

2º No está probado el dominio particular del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos llamados por el demandante Rufino González Miranda "Somoa" o "Heredia" o "Tierras de San Luis Beltrán", determinados por sus linderos en la demanda ordinaria que se decide por la presente sentencia.

3º En consecuencia, no se hace ninguna de las declaraciones pedidas en dicha demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y envíense los expedientes al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis Enrique Cuervo — Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Jorge García Merlano, Secretario.

EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO ACTIVIDAD PROPIA DE LA PERSONA MORAL DE DERECHO PUBLICO LA DE UN CHOFER AL SERVICIO DE LA MISMA Y, POR CONSIGUIENTE, LA RESPONSABILIDAD DE AQUELLA POR LOS HECHOS DE ESTE ES INDIRECTA. — CUANDO HAY RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1—Rectifica la Corte la doctrina sentada en sentencia de 18 de octubre de 1950, proferida por la Sala de Negocios Generales y conforme a la cual puede afirmarse que empleados subalternos como los choferes, al servicio de las personas jurídicas de derecho público, sean órganos, representantes o mandatarios de aquéllas de modo que su actividad en el campo de la responsabilidad extracontractual pueda ser considerada como actividad propia de la persona moral. Por el contrario, el chofer es un simple dependiente, en el sentido del artículo 2347 del Código Civil, de cuyos actos culposos es responsable la persona jurídica como "acto de otro", en virtud de lo dispuesto por el mismo artículo.

2—La naturaleza de la excepción de prescripción permite al sentenciador estudiarla en primer término, sin que se imponga la necesidad de resolver previamente acerca de la existencia de la obligación misma que la excepción perentoria destruye.

3—No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunde con la personalidad jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral y que por eso mismo es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente ha sido con ocasión de ella.

Por el contrario, la doctrina de los autores y una abundante jurisprudencia nacional y extranjera, rechazan esta tesis tan original por la generalidad de sus términos y tan peligrosa por su rígida y falta de matices, que por lo mismo se halla en pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril diez y seis, mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

—I—

El 13 de mayo de 1953 se notificó al Gobernador del Departamento de Boyacá la demanda ordinaria propuesta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por los esposos José Roso Contreras Vallejo y María Teresa Roa de Contreras, para que se declarara responsable a dicho Departamento "de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes con la muerte de su hijo legítimo José Roso Contreras Roa ocurrida en accidente de circulación el día 6 de noviembre de 1949".

El apoderado del Departamento se opuso a la acción, negó los hechos fundamentales de la demanda y propuso las excepciones de dolo, de orden o excusión, de prescripción, de caso fortuito y la innominada consistente en todo hecho en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaren extinguida.

El tribunal, en sentencia de fecha 6 de octubre de 1953, declaró que no era el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda y "en cambio, absolvió al Departamento de Boyacá de todos y cada uno de los cargos que se le hicieron".

Apeló el actor y surtido ante la Sala el trámite de la segunda instancia, con las demoras consiguientes a las notificaciones personales que hubo necesidad de hacer al Gobernador de Boyacá,

el negocio entró al Despacho para sentencia el ocho de marzo último.

—II—

Según la demanda, se hace responsable al Departamento por la muerte del joven Contreras Roa a causa de haber sufrido un accidente la volqueta de propiedad de aquella entidad, que el domingo 6 de noviembre de 1949, en viaje de Tunja hacia Paipa, era conducida por el chofer Isauro Contreras, empleado del Departamento, cuando en ella viajaba, entre otras personas, el joven Contreras Roa; y que el exceso de velocidad a que marchaba el vehículo ocasionó el accidente en que aquél perdió la vida.

Estudiando en primer lugar la excepción de prescripción, la sentencia de primera instancia sostiene que se trata de un caso de responsabilidad indirecta porque "los actos ejecutados por un empleado de la administración comprometen directamente al Departamento y no prescriben sino como toda acción ordinaria, es decir, a los veinte años".

El Tribunal encontró probada la culpa del demandado y el perjuicio sufrido por los actores, pero sentenció en forma absolutoria porque no se demostró la relación de causalidad entre la culpa y el daño: "No se trajo —dice la sentencia— para la comprobación de la relación de causalidad entre la culpa y el daño, la copia de la diligencia de autopsia, ni la certificación médica acerca de los traumatismos sufridos por Contreras Roa en el accidente de tránsito, y que a consecuencia de los mismos murió; tampoco la copia de la diligencia del levantamiento de los cadáveres ni documento alguno que venga a poner de manifiesto que José Roso Contreras murió por causa de las heridas o golpes que recibió en el accidente de tránsito de que fue causante el chofer que servía al Departamento de Boyacá. Además, en la demanda se afirma que José Roso Contreras murió el día 6 de noviembre de 1949 y en la copia de la partida de defunción expedida por el Notario Segundo de este Circuito aparece que murió el día 8 del mismo mes y año".

—III—

Se halla acreditado debidamente que Contreras Roa, nacido el 11 de julio de 1934, era hijo legítimo de los demandantes, que estaba matriculado en el curso primero en la Escuela Normal de Varones de Tunja y que murió el 8 de noviembre de 1949.

Plenamente probado se encuentra también el hecho de que Isauro Contreras o Luis A. Contreras era "chofer de la volqueta Nº 0808 al servicio de las OO. PP. Departamentales", cargo del cual fue destituido por Resolución Nº 68, de fecha 8 de noviembre de 1949: que el domingo 6 de noviembre de dicho año conducía dicha volqueta en viaje hacia Paipa habiendo "invitado" a viajar en el vehículo a varias personas, entre otras a Contreras Roa, y que en el sitio llamado "Brito", el vehículo se volcó sufriendo heridas o golpes Contreras Roa.

Como dice el Tribunal efectivamente dejó de traerse a los autos la prueba de las diligencias que se hubieran practicado después del accidente o dictamen médicos que dieran cuenta de la clase de heridas que el testigo Mario Pulido asevera sufrió Contreras Roa, o de que murió a causa del accidente mismo, como dicen los declarantes Mariela Pulido, Arcadio Pulido y Pedro Antonio Pulido Morales.

Este último, al rendir su declaración ante el Juez Municipal de Chiquinquirá entregó la Nota Nº 36, que aparece firmada en Tunja el 23 de julio de 1954 por José Tomás Salcedo y dirigida al Director de Circulación y Tránsito, en que se transcribe una diligencia fechada en "Tunja noviembre de 1949" relativa a la autopsia del cadáver de José Roso Contreras Roa. Este documento no puede ser estimado como prueba por no haberse traído al juicio en ninguna de las formas que autoriza el artículo 597 del Código Judicial, y, como si esto no fuera suficiente, porque la diligencia misma que en él se copia no tiene indicación del día en que fue practicada, ni consta qué empleo ejercía el firmante de ella ni los señores José Tomás Salcedo y Escipión Cárdenas M., que se dice la firmaron, ni hay ninguna explicación acerca del motivo por el cual el testigo Pulido Morales tuviera en su poder una comunicación que no le pertenecía puesto que no estaba dirigida a él sino al Director de Circulación y Tránsito de Tunja.

Se llama la atención a la falta de estas pruebas para explicar por qué la Sala no ordena la suspensión del juicio mientras se adelanta una investigación penal, cosa que desde su alegato de primera instancia pidió el representante del Departamento y sobre la cual nada dice la sentencia que se revisa.

—IV—

La naturaleza de la excepción de prescripción permite al sentenciador estudiarla en primer término, sin que se imponga la necesidad de resolver previamente acerca de la existencia de la obligación misma que la excepción perentoria destruye.

Con respecto a la prescripción alegada por el demandado, sostiene el Tribunal que como "los actos ejecutados por un empleado de la administración comprometen directamente al Departamento", la acción ejercitada sólo prescribe en veinte años, como toda acción ordinaria.

Para llegar a esta conclusión se fundó el Tribunal en la sentencia de la Sala de Negocios Generales fechada el 18 de octubre de 1950 en la cual se apartó de la doctrina hasta entonces sostenida por la misma Sala referente a la distinción entre responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas jurídicas según que el acto culposo haya sido realizado por uno de sus órganos, o por un simple dependiente. La nueva doctrina, que el Tribunal acoge y hace suya se concreta en lo fundamental en el siguiente pasaje de dicho fallo:

"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 origine, 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 el hecho se realiza en el 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".

Se considera:

El punto referente a la determinación de si el acto dañoso puede considerarse como acto de la Administración por haber sido ejecutado por un empleado suyo, o como un hecho de éste, pero que compromete la responsabilidad de la persona jurídica administrativa, tiene importancia, desde el doble punto de vista de la prescripción y de la responsabilidad personal del agente del daño frente a la víctima y con respecto a la Administración misma.

La cuestión por decidir en este pleito consiste en saber si el chofer del Departamento, cuya actividad causó el daño, es un tercero de que deba responder aquél, conforme las reglas contenidas en los artículos 2347 y 2349 del mismo Código Civil, o si por el contrario, el hecho dañoso puede ser considerado jurídicamente como hecho de la Administración. En el primer caso la responsabilidad de la administración es indirecta; en el segundo, la administración es directamente responsable por un hecho suyo que originó el daño.

La responsabilidad por el hecho de otro se llama **directa** cuando el derecho hace abstracción de la personalidad del autor del daño; su régimen es semejante al de la responsabilidad por el hecho **personal**.

La responsabilidad por el hecho de otro es **indirecta** cuando la personalidad jurídica del autor del daño se toma en consideración por el derecho desde dos puntos de vista: la víctima puede demandar tanto al autor material del daño como al tercero que por mandato de la ley responde por el hecho de aquél, o a ambos conjuntamente; el tercero responsable que ha sido condenado al pago de la indemnización podrá ejercitar una acción contra el autor real del acto dañoso a fin de descargar sobre él el peso de la condenación (Art. 2352 C. C.).

Concretando la cuestión a las personas jurídicas de derecho público, reputados especialistas en la materia concuerdan con los autores cuyas doctrinas inspiraron la de la Sala expuesta con todo detenimiento en la sentencia de 15 de mayo de 1944 (G. J. LVII, 791), sobre la base de la dis-

tinción entre órganos representativos de la persona jurídica y dependientes.

"La persona moral —dijo allí la Sala— habrá de comprometer su responsabilidad directa, cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces es cuando puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos, ya no es ella misma la que actúa, sino son sus agentes, del propio modo que obra los agentes o subordinados de una persona física".

"Para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas y públicas, la Corte adopta el siguiente criterio: habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla "el asiento de la voluntad que dirige"; y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, más no sus órganos. Resumiendo el pensamiento de Planiol y Ripert, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay empleados públicos que no son funcionarios, y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnan aquellas calidades. Y hay que observar que esa calidad de órgano es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria siendo de la última clase cuando el órgano auténtico delega por autorización expresa y especial su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto".

En una obra reciente titulada "Responsabilité Publique et Responsabilité Privée", edición de 1954, el reputado especialista René Chapus resume documentada y eruditamente, la doctrina de los autores y la jurisprudencia administrativa y judicial en Francia en materia de responsabilidad extracontractual, que en lo referente a las personas jurídicas de derecho público compendia la Sala a manera de confirmación y apoyo a las tesis transcritas.

Michoud y Mazeaud sostienen que es directa la responsabilidad de las personas jurídicas con motivo de faltas cometidas por sus órganos porque cuando éstos "quieren y actúan en su nombre, dentro del círculo de acción que les ha sido trazado, es la persona jurídica la que en realidad quiere y actúa. El órgano no existe jurídicamente en sí mismo, sino como parte integrante de la persona, formando con ella un todo indivisible. En consecuencia, cuando incurre en culpa el órgano que actúa y quiere en nombre y por cuenta de la persona moral, es esta misma quien quiere y realiza el acto culposo. La persona moral, es pues, responsable directamente por los actos de sus órganos, porque a los ojos de la ley son sus propios actos".

Por lo demás, el término órgano se reserva, tanto por los autores como por la jurisprudencia, para los órganos primarios, o sea, para los representantes de la persona jurídica, pues que las personas físicas "que son considerados como representantes de la persona moral, no son sus subordinados".

De esta última noción se desprende una clasificación necesaria entre las varias personas cuya actividad se halla al servicio de la persona moral, para realizar sus fines propios: las que tienen funciones de concepción y dirección, y las que, por ser subordinadas o dependientes, ejercen funciones de aplicación o ejecución. De aquí que no pueda decirse con propiedad —como se dijo en la sentencia de 18 de octubre de 1950— que los agentes de cualquier categoría, "carecen de toda personalidad" porque se confunde con la personalidad jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la personal moral y que por eso mismo es directa y exclusiva de ésta "la responsabilidad que en dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella".

Por el contrario, la doctrina de los autores y una abundante jurisprudencia nacional y extranjera, rechazan una tesis tan original por la generalidad de sus términos y tan peligrosa por lo rígida y falta de matices, que por lo mismo se halla en pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública.

En conclusión, no comparte la Sala los principios en que se funda la doctrina que sirvió de base a la sentencia de primera instancia. Debe rectificarse aquella doctrina según la cual pueda afirmarse que empleados subalternos como los choferes, al servicio de las personas jurídicas de derecho público, sean órganos, representantes o mandatarios de aquéllas de modo que su activi-

dad en el campo de la responsabilidad extracontractual pueda ser considerada como actividad propia de la persona moral. Por el contrario, el chofer es un simple dependiente, en el sentido del artículo 2347 del Código Civil, de cuyos actos culposos es responsable el Departamento como "acto de otro", en virtud de lo dispuesto por el mismo artículo.

Más clara aún se presenta esta noción si se considera que el acto de dar muerte a una persona, culposa o dolosamente, es un delito, y las personas jurídicas, como tales, no pueden ser ajusticiadas penalmente; de manera que mal puede hablarse de que el acto que ocasionó la muerte del menor Contreras —aún en el supuesto de que se hubiera probado— sea un acto del Departamento de Boyacá y no del chofer que conducía el vehículo en que viajaba la víctima. La responsabilidad civil del Departamento se deduce de la relación de dependencia, en que con respecto a esa entidad estaba colocado el autor material del acto dañoso. Y siendo esto así, no puede desconocerse que se trata de una responsabilidad indirecta, derivada no de un acto propio del Departamento demandado, sino del acto de un dependiente suyo que inclusive podía ser punible por el delito o culpa que originaba el daño de cuyo resarcimiento se trata. Esta clase de acciones prescribe, conforme a lo dispuesto por el artículo 2358 del Código Civil, "en tres años contados desde la perpetración del acto".

Según la demanda, el accidente en que fue víctima el menor Contreras Roa aconteció el 6 de noviembre de 1949, y cuando fue notificado el representante del Departamento, el 13 de mayo de 1953, ya habían transcurrido con exceso los tres años señalados en el Código Civil para la prescripción de la acción. Así habrá de reconocerse en esta sentencia, reformando en tal sentido la de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, 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, **reforma** la sentencia apelada, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción de la acción ejercitada en la demanda contra el Departamento de Boyacá.

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

Luis Enrique Cuervo. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Roberto Goenaga. — Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

VALIDEZ DE LOS TITULOS SOBRE COMPOSICIONES DE TIERRAS HECHAS EN LA EPOCA COLONIAL, PARA PROBAR EL DOMINIO PARTICULAR SOBRE EL SUBSUELO PETROLIFERO. — FINALIDAD DE LA COMPOSICION DE TIERRAS CONFORME A LA LEGISLACION ESPAÑOLA PARA LAS INDIAS Y MODO DE REALIZARLA

1—La finalidad de la llamada composición de tierras instituida por la legislación española para las Indias, no fue otra que corregir la ocupación de grandes extensiones de terreno al amparo de títulos que, aunque debidamente expedidos, no eran suficientes a amparar aquellos grandes latifundios, o la detentación de la propiedad territorial mediante títulos falsos o viciados por informalidades en su expedición. Mediante una "acomodada composición", los poseedores irregulares podían obtener un nuevo título de sus tierras. Para ello, todos debían acudir a las autoridades facultadas expresamente para componer tierras, exhibiendo sus títulos, y debiendo someterse al fallo definitivo que se dictase sobre el particular. Los funcionarios comisionados decidían si se aceptaba o nó la composición solicitada, y fijaban, en caso afirmativo, el valor de los correspondientes derechos de composición, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de las tierras y los servicios prestados por el peticionario al gobierno de su Majestad.

2—La Corte ha reconocido plena eficacia a los títulos sobre composiciones de tierras para probar el dominio sobre el subsuelo petrolífero. Ese reconocimiento se funda en el sentido y alcance de las leyes que reglamentaron la propiedad territorial durante la Colonia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga).

Por medio de la Resolución Nº 206 de fecha 16 de marzo de 1950, (fol. 37 v. del Cuaderno Nº 1), el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta formulada por el señor Gabriel Carrizosa Abello, para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional dentro de un globo de tierra de 48.000 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Carnicerías, Paicol, Garzón y Agrado, del Departamento del Huila. La propuesta quedó distinguida con el Nº 538.

Los límites del globo materia de la pretendida concesión petrolífera, son, tal como aparecen en el texto de la Resolución mencionada, los siguientes:

"La localización de estos terrenos se hizo basando su alinderación en una estación astronómica establecida para la Richmond Petroleum of Colombia por el Ingeniero Astrónomo graduado y matriculado en el Consejo Profesional de Ingeniería, Arturo Matiz Reyes, en las inmediaciones de la boca de la quebrada "Guandinosita" en el río Magdalena. Las coordenadas en esta estación astronómica son las siguientes: Latitud 2º-28'-32". 75 + O". 18 Norte. Longitud: 75º-33' -35". 97 + O". 30" W.Gwch. Como punto de referencia se tomó la mencionada boca de la quebrada Guandinosita en el río Magdalena, definida por las coordenadas geográficas que acabamos de mencionar, la cual constituye un punto arcifinio estable e inequívoco. Desde este punto arcifinio se midió una distancia de quinientos siete metros con noventa y seis centímetros (507.96 mts.) con rumbo Sur treinta y seis grados, treinta y cinco minutos y treinta y seis segundos con siete décimas de segundo Este (S 36º-35'-36" 75) para llegar a un punto marcado en el plano con la letra A y en el terreno con un mojón de concreto. Este punto A fue tomado como punto de partida de la alinderación. Desde el punto A se mide una distancia de dos mil setecientos metros (2.700 mts.) con rumbo Sur cincuenta y ocho grados Este (S 58º E), en línea recta, hasta dar a un punto marcado en el plano con la letra B. Del punto B, anterior se sigue en línea recta por una distancia de treinta mil metros (30.000 metros) con rumbo Sur treinta y dos grados Oeste (S. 32º W.) hasta llegar a un punto marcado en el plano con la letra C. Del punto C. anterior se sigue en línea recta por una distan-

cia de diez y seis mil metros (16.000 mts.) con rumbo Norte cincuenta y ocho grados Oeste (N 58º W) hasta llegar a un punto marcado en el plano con la letra D. Del punto D. anterior se sigue en línea recta con rumbo Norte treinta y dos grados Este (N 32º E) por una distancia de treinta mil metros (30.000 mts.) hasta dar en un punto marcado en el plano con la letra E. Desde este último punto E. se continúa en línea recta por una distancia de trece mil trescientos metros (13.300 mts.) con rumbo de Sur cincuenta y ocho grados Este (S 58º E) hasta volver al punto A., tomado como punto de partida de la alinderación."

La anterior propuesta fue traspasada, en su etapa administrativa, a la Compañía de Petróleos Orinoco.

El 31 de marzo de 1951, dentro del término hábil para hacerlo —según se comprueba del informe que corre al folio 131 del C. No. 1—, presentó el doctor Carlos Gámez Macías al Ministerio de Minas demanda ordinaria de oposición a la propuesta de que se viene hablando, en representación de los señores Roberto Silva, Federico (representado por su curador Dr. Abelardo Cabrera), José Eugenio, Abelardo, Alejandro, Milciades, y Marco Tulio Cabrera C., Amelia Cabrera de Rojas, Aura Rosa Cabrera de Moncaleano, José Manuel Palomino, Clementina Castillo v. de Suárez, Compañía Ganadera del Remolino Limitada, Germán Méndez M., Enrique y José María Gómez Campuzano, Dr. Tulio Rubiano, Josefina B. de Rubiano, Clemencia Cabrera v. de Losada, Barbarita Losada v. de Cuéllar, Griselda Cuéllar Losada, José Antonio Cuéllar Losada, Miguel Antonio Cabrera Lara y Mateo Trujillo, propietarios, en su orden, de las fincas denominadas Guasimal, La Cañada, Los Cauchos, Los Cauchos y Ollétas, Alcaparrón y Totumo, La Argelia, El Aguacatal, La Aguada, El Tabor, Comejenes, Buenavista, Catalán, Betania, Hueco y Raspayuco, Santa Rosa y Finlandia, situadas unas en jurisdicción del Agrado y otras en el Municipio de Paicol.

Después de haber sido rendidos los conceptos de orden técnico y legal respecto a estas oposiciones, se dictó por el Ministerio de Minas la Resolución Nº 522 de 10 de septiembre de 1951, por la cual se dispuso la suspensión de la tramitación de la expresada propuesta Nº 538, y su envío, junto con la demanda y los documentos a ésta acompañados, a esta Sala de la Corte "para que esa entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación a este juicio, resuelva definitivamente si es del Estado, o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición."

Está concluído el trámite del juicio ordinario así originado, y no observándose en él la existencia de causal alguna de nulidad, se pasa a dictar el fallo definitivo, previo el siguiente análisis de los autos:

La demanda de oposición

Se impetra en ella la declaración, frente a la propuesta Nº 538, de ser de propiedad privada y no de la reserva nacional, los petróleos que puedan existir en el subsuelo de los terrenos de las distintas fincas que allí se relacionan por sus nombres y linderos, en virtud de haber salido legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873. Subsidiariamente se invoca como título que ampara la propiedad privada del subsuelo petrolífero, la prescripción extraordinaria fundada en la explotación económica de las tierras, desde tiempo inmemorial.

Los inmuebles materia de la demanda aparecen relacionados en las forma siguiente:

Hacienda de "Guasimal", de propiedad de Roberto Silva. — Está formada por los lotes llamados 'Guasimal' y 'Madroño', con un total de 1.076 hectáreas de superficie. Sus linderos: **Guasimal** "desde el desemboque o desagüe del arroyo "Salado", en el río Páez; éste arroyo aguas arriba, lindando con terrenos del señor Antonio Barrero C., hasta donde se unen los arroyos del Playón o Cabuyal con el del Yesal, que forman 'El Salado', luego por el arroyo de 'El Yesal' aguas arriba hasta ponerse frente a un derrumbe colorado del cerro de Ramírez de la cordillera de Matambo y encontrar los pretiles del cerro, de aquí en dirección Sur por los pretiles del cerro y lindando con terrenos de Bonifacio Montealegre, hasta encontrar en ellos un mojón de piedra frente de la aguada alta del Cabuyal; de aquí lindando con lote de Carlos Cabrera, se sigue una línea recta hacia el Occidente, pasando dos mojones intermedios en el Cabuyal, el de más abajo colocado sobre una piedra grande y atravesando después el arroyo del Playón o Cabuyal a un mojón de piedras en el terreno de la propia Loma, antes de salir al plan y cerca de un amagamiento; de aquí en línea recta hacia el Sur, atravesando un bajío y pasando al Occidente de la casa de La Loma a un mojón de piedras en el terreno más alto del potrero del Pomo, al pie de éste, y al principiar el cerro alto por donde va el cerco

del mangón de la casa de La Loma; de aquí se siguen las cercas de este mangón a cuyo pié pusieron varios mojones, hasta dar con el arroyo del Playón o Cabuyal; por este arroyo arriba hasta la desembocadura o desagüe de la zanja que corta los pretiles de Matambo; de aquí por el arroyo del Playón arriba lindando con terrenos del señor Joaquín Silva G., hasta hallar otra zanja que llaman del Cachimbo, la cual parte hacia el Occidente y pasa por junto a la puerta de golpe que divide el globo de tierra de 'La Loma' del de 'La Ensillada'; Sur, de esta zanja, siempre en dirección hacia el occidente, al filo alto; de este filo arriba que es inaccesible en dirección occidental lindando primero con terrenos de la 'Ensillada' y luego de 'Enes', hasta encontrar la zanja que corta en el Boquerón de Chávarro; de aquí lindando con tierras del Aguacatal, por la zanja abajo hasta enfrentar con un mojón de piedras que se puso en la parte media del filo que se desprende del Boquerón de Chávarro hacia el 'Madroño'; Occidente, del punto anterior en línea recta hacia el Norte, lindando con lote de Elena Cabrera pasando por el mojón dicho que se halla en la parte media del filo que se desprende del Boquerón de Chávarro hacia el Madroño y por otro intermedio a uno de piedras de la parte más alta del Alcaparrón, del cual se divisa el pueblo de Carnicerías; de éste hacia el Norte, por los filos altos del Alcaparrón en los cuales se pusieron dos mojones lindando con terreno de Elena Cabrera y luego atravesando el arroyo del Tigre para tomar los pretiles de La Hondura que sirven de cerco natural al potrero de El Tigre en los cuales se pusieron varios mojones, de trecho en trecho, lindando primero con lote de Elena Cabrera y luego de Domitila Cabrera o sus herederos hasta hallar un mojón al fin de los dichos pretiles, en el extremo norte del filo más largo de La Hondura; de aquí lindando con lote de Domitila Cabrera, tomando un desagüe, zanja o amagamiento, límite del potrero del Tigre, hasta hallar un mojón de piedras frente a su unión o desagüe con otra zanja del potrero; por esta última abajo hasta su entrada en el arroyo de La Hondura, a cuyo margen occidental se puso un mojón de piedras; de aquí línea recta atravesando el arroyo de La Hondura a un mojón en el extremo Sur vista del filo sabanoso que queda al Norte del arroyo de La Guabina, o mejor dicho, entre éste arroyo y el río Páez, de éste mojón línea recta hacia el noroeste siguiendo siempre la dirección del filo sabanoso a un mojón de piedra en la parte más alta de él; y de éste línea recta hacia el noreste, siguiendo siempre la dirección del filo pasando por un mojón en su parte media a otro en el extremo noroeste del filo donde hay colocada una piedra; de este último mojón dicho en línea recta atravesando el llano en frente, pasando por un mojón de piedras colocado en el borde alto del llano y dividiendo la vega baja al río Páez; Norte, este río aguas abajo hasta la boca o desagüe del arroyo del Salado, primer lindero."

Dentro de la finca así delimitada se encuentra un lote denominado La Aguada, vendido por el opositor señor Silva a Rafael Méndez (escritura Nº 353 de 22 de julio de 1919 de la Notaría de Garzón), cuyos linderos se copiarán más adelante.

Lote de 'EL MADROÑO': — "Desde un mojón de piedra que se halla en la punta más alta del Alcaparrón, del cual se divisa el pueblo de Carnicerías; se sigue en línea recta hacia el Sur, lindando con lote que fue del señor Pastor Silva, y pasando por dos mojones de piedra intermedios, los cuales, el más distante, está hacia la parte media del filo que se desprende del Boquerón de Chávarro; Sur, por esta zanja aguas abajo hasta su unión con la quebrada del Viso del Madroño, que dá vista al Aguacatal; luego por esta última aguas arriba hasta encontrar un mojón en su banda Norte sobre una colina; de aquí en línea recta hacia el Noroeste, lindando con lote que fue de Carlos Cabrera y pasando por un mojón de piedra que está en la cuesta de la falda Grande, hasta otro mojón que se halla en la grada inferior de dicha quebrada Grande. Occidente, desde este mojón en línea recta hacia el Noroeste, lindando con lote de Rosa Cabrera y atravesando el arroyo de Aguadulce a dar a un mojón de piedra a la cima del cerro o morro alto que separa este último arroyo del Meme, y de éste lindando con lote de Rosa Cabrera, atravesando el arroyo del Meme al mojón en la cima del Alcaparrón, punto de partida."

Dentro de estos linderos queda comprendido un pequeño lote vendido por el mismo señor Silva a Vicente Cabrera (escritura Nº 515 de 31 de octubre de 1936, de la Notaría de Garzón.)

Hacienda de 'LA ARGELIA' y potrero 'EL TIGRITO', pertenecientes al opositor José Manuel Palomino. — Se encuentran ubicados en jurisdicción del municipio de Paicol, con un total de 350 hectáreas de extensión. El terreno de La Argelia se conoció anteriormente con el nombre de Garrapata, y está delimitado así: "De un mojón de piedra que está en el filo denominado "La

Guabina", se sigue atravesando el llano a otro mojón de piedra que está al borde de la sabana; de éste al río Páez, por éste arriba hasta el cauce antiguo del río; por esta chamba y las de barro y pretiles fragosos, hasta dar con la quebrada de La Cañada atravesando ésta y siguiendo los bordes que dividen los terrenos de la señora Clementina Castillo viuda de Suárez, hasta dar un boqueroncito; de éste a un mojón de piedra que está en un alteroncito; de aquí en línea recta a la punta de la cuchilla de los Bramaderos; de aquí en recto a un mojón que está en la parte alta de los pretiles; por estos pretiles, chambas de barra y cercos de piedra de para abajo, a un mojón de piedra que está en La Ensillada, de donde se divisa la zanja de La Hondura; de aquí por un amagamiento de para abajo hasta dar con una zanja que nace del potrero del Tigre; ésta de para abajo, hasta donde se une con la zanja de La Hondura, atravesando ésta y tomando por un cerco de madera hasta su terminación; de aquí a un mojón de piedra que está en el filo, de donde se divisa la Guabina y por una serie de mojones de piedra, al punto de partida."

Potrero del 'TIGRITO': — "De la cabecera de la zanja del Tigre, y al lado Norte de dicha zanja, siguiendo los pretiles de La Hondura y lindando con terrenos de la mortuoria de Pastor Silva, hasta un mojón que está situado en el punto donde tuerce y de donde se divisa La Argelia; de este punto a dar al boquerón que dá a la peña de los Bramaderos: por los pretiles de la loma hasta donde se divisa La Cañada; de aquí a la peña del sesteadero; de aquí en recta a la punta de un cerco de piedra; de aquí arriba, por una cuchilla a los pretiles altos y por éstos a la cabecera de la zanja del Tigre, primer lindero."

Finca de LA AGUADA, de la Compañía Ganadera del Remolino Ltda. — De este inmueble se reservó una tercera parte del subuelo el vendedor Germán Méndez. Se halla situada, como las anteriores, en jurisdicción del Municipio de Paicol, mide una superficie de 80 hectáreas, y sus linderos son: "Partiendo de las crestas más altas y ásperas del cerro de 'Matambo' lindando con terrenos de Bonifacio Montealegre, de aquí bajando estas crestas verticalmente hasta encontrar en una línea recta el manantial de La Aguada que forma la zanja de este nombre, lindando con terrenos de 'La Garrapata' del señor José Antonio Barreiro C., zanja de La Aguada abajo hasta donde se junta con la quebrada Aguabedionda o Yesal; de aquí apartándose de dicha quebrada y zanja, en línea recta en dirección Sureste pasando por el monte 'Palomino' y ascendiendo hasta llegar a un barranco donde hay un mojón de Piedra; de aquí en la misma dirección línea recta lindando con el potrero de El Salado, hasta llegar a otro mojón de piedra que se encuentra sobre un barranco alto; de aquí descendiendo el barranco verticalmente en la misma dirección, hasta caer a un zanjón que es el primero que se encuentra; zanja arriba y por chambas de leña, hoy cerco de alambre, hasta donde se abren las chambas del zanjón y hay un mojón de piedra; de aquí en línea recta por dicho cerco de alambre hasta el pié del cerro de Matambo donde hay un mojón de piedra; de aquí por las crestas más bajas del cerro a buscar el primer punto de partida."

Predio de LOS CAUCHOS, perteneciente a los opositores Alejandro y José Eugenio Cabrera C. Abarca una extensión de 50 hectáreas aproximadamente, ubicada en jurisdicción de Paicol, y se halla alindado así: "Por el Oriente, desde un mojón de piedra que se halla en la banda Sur del arroyo de Salinas abajo de la unión de las zanjas que lo forman en terreno faldoso, línea recta hacia el Norte atravesando el arroyo y dos mojones en el plano que se sigue, a un mojón de piedras del Cachimbo; de aquí se sigue lindando con lote de Elena Cabrera, en línea recta hacia el Norte, pasando por un zanjón que se halla en la banda Sur del arroyo de Cachimbo y abajo del paso del camino público para Paicol, a dar a este arroyo; por el Norte, las aguas del arroyo de Cachimbo arriba hasta hallar a un mojón de piedra en su banda Sur al lado de abajo desde donde el arroyo corre más estrecho por los cerros; por el Occidente, de allí lindando con lote que fue de Carlos Cabrera, en recta hacia el Suroeste pasando por el zanjón últimamente nombrado a uno que está en el plan superior en la caída del filo; de éste en recta al Suroeste pasando por un mojón que se halla en el borde del camino que sube al filo y atravesando luego la quebrada por donde va una de las fuentes del arroyo de Salinas a un mojón en la falda del filo opuesto en el lindero en el lote que fue de Pastor Silva."

Potrero de EL ALCAPARRON, de José Eugenio Cabrera. — Tiene una superficie de 84 hectáreas, forma parte de la hacienda de La Cañada de que se hablará más adelante, y sus linderos son: "Del cerro alto denominado El Alcaparrón, donde hay un mojón de piedra y donde se divisa el pueblo de Carnicerías, en dirección Noroeste y tomando un cerco de alambre que divide los

potreros de El Alcaparrón y El Totumo, a dar a la quebrada de 'La Cañada', ésta arriba hasta encontrar la desembocadura del arroyo o zanja del Nome; por esta zanja aguas arriba hasta dar con la extremidad de una cerca de piedra, donde hay una voladora o campanario que atraviesa el arroyo; de aquí en dirección oriental siguiendo una cerca que es parte de guadua y parte de alambre, a dar a unos barrancos de la loma de Las Sepulturas; siguiendo estos barrancos que van cortando las faldas de dicha loma, a caer a un zanjón hondo y pedregoso que limita el potrero de El Infierno con el potrero de El Alcaparrón; este zanjón arriba siguiendo unos pedazos de cerco de piedra, hasta sus cabeceras; y de aquí, al mojón primer lindero."

Lote de 167 hectáreas situado en el globo de Los Cauchos y Las Ollletas, de propiedad de José Eugenio Cabrera C. — "Desde un mojón de piedras que se halla en el boquerón de entrada de Las Ollletas para el Aguacatal al borde del camino, se toman los pretiles inaccesibles hacia el Norte a dar al arroyo del Cachimbo en el hueco de Los Propietarios; de aquí tomando el arroyo del Cachimbo, aguas arriba hasta hallar un mojón de piedra en su banda Sur; se sigue el mismo arroyo aguas arriba hasta otro mojón de piedras también en su banda Sur y abajo del paso del camino público para Paicol; de aquí se sigue en línea recta hacia el Sur lindando con lote de Domitila Cabrera pasando por un mojón que queda en el borde del plan de Los Cauchos y por dos más intermedios que hay en el plan y atravesando el arroyo de Salinas a un mojón de piedras en la falda de la loma opuesta, abajo de la unión de las zanjas que forman dicho arroyo de Salinas; de este mojón en línea recta hacia el Oriente, lindando con el lote que fue de Pastor Silva y pasando por dos mojones intermedios a dar a la zanja de la Mata de Guaduas que separa los globos de Los Cauchos y Las Ollletas; por esta zanja aguas abajo hasta su desagüe en el arroyo de Salinas; por este último aguas abajo hasta el desagüe del zanjón que continúa hacia el Norte el lindero entre Cauchos y Ollletas; por este zanjón arriba hasta enfrentar con un mojón de piedras en su banda oriental; de este mojón línea recta hacia el Oriente, lindando con lote que fue de Pastor Silva y pasando por un mojón de piedras en el filo alto al primer mojón de donde se partió."

Potrero de EL TOTUMO, de Federico y Alejandro Cabrera C. — Situado dentro de la hacienda de La Cañada, tiene una área aproximada de 312 hectáreas, y se encuentra delimitado así: "Oriente, desde un mojón de piedras que se encuentra en la punta más alta del Alcaparrón del cual se divisa el pueblo de Carnicerías, se sigue hacia el Norte, lindando con lote de Pastor Silva, hoy de Roberto Silva, por los filos altos del Alcaparrón, hasta ponerse en frente de un cerco de piedra lindando en esta parte con el lote vendido por el causante de la sucesión a Francisco Bonilla, éste cerco abajo hasta su terminación en las barrancas del Monte del Tigre, éstas abajo que van sirviendo de cerco y división con el mismo lote vendido a Francisco Bonilla, hasta ponerse frente a un capote que se encuentra en una lomita; de éste árbol, línea recta a dar a las peñas de la loma de Los Bramaderos, estas peñas abajo hasta encontrar el lindero de Domitila Cabrera, hoy de Manuel Angel Palomino (herederos de Manuel Angel Palomino); Norte, de aquí en recta al Occidente, lindando con lote de Domitila Cabrera o sus herederos, atravesando el potrero y el arroyo del Tigre, pasando por el pie de la peña tajada y un mojón de piedra que se halla en una depresión del filo que separa los potreros del Tigre, Quebrada Arriba y el arroyo de La Cañada, hasta hallar un mojón de una peña tajada de los pretiles occidentales de La Cañada, hacia el Sur, hasta hallar la zanja montañosa que ha separado siempre el potrero de Quebrada Arriba del de Las Vacas. Sur, esta zanja abajo lindando con el lote de Serafina Cabrera, hasta su boca o desagüe en el arroyo de La Cañada, este arroyo aguas arriba, hasta hallar un mojón de piedra en su banda Oriental, frente a una peña tajada de su banda Occidental; de aquí en línea recta hacia el Sudeste, lindando con el potrero de Alcaparrón al mojón de la cima del Alcaparrón, primer lindero."

Lote de 188 hectáreas, de los mismos Alejandro y Federico Cabrera. — Se halla ubicado dentro de la misma hacienda La Cañada, y sus linderos son: "Partiendo de la cabecera del zanjón que se desprende del Alcaparrón y que separa los potreros del Alcaparrón y del Infierno; por este zanjón abajo hasta dar con unos pretiles altos; por éstos pretiles hasta donde se encuentra una cerca de alambre; por éste abajo hasta la quebrada del Nome; por ésta abajo hasta su desembocadura en la quebrada de La Cañada; por ésta arriba hasta el pico de los montes de la vega del Salado; de aquí tomando el cauce antiguo de la misma quebrada, que va por el pie de las barrancas altas que quedan al pie de los montes

de la falda grande siguiendo este cauce hasta encontrar las aguas de la misma quebrada; éstas arriba hasta encontrarse con un mojón de piedra que está situado en el potrero de Las Cañaditas: al lado occidental de la quebrada, a orillas de un zanjón, cerca a un capote; de aquí tomando al Oriente, y salvando la quebrada, línea recta a dar a un mojón de piedra que se encuentra en el filo o cuesta alta de la falda Grande, lindando por estos lados con terrenos de la señora Serafina Cabrera de Cabrera; de aquí en dirección al Norte, lindando primero con terrenos de Vicente Cabrera (hoy Rafael Cabrera) pasando por un mojón intermediario en la grada baja y saltando los arroyos de la Aguadulce y el Neme, siguiendo los pretiles hasta encontrar la cabecera de un zanjón citado como punto de partida".

Hacienda de LA CAÑADA, de los opositores Federico, José Eugenio, Milciades, Marco Tulio, Alejandro y Abelardo Cabrera C., y Amelia Cabrera de Rojas y Aura Rosa Cabrera de Moncaleano. — Ubicada en jurisdicción del Municipio de Paicol, con una área aproximada de 272 hectáreas, y alindada así: "Norte, desde un mojón de piedras que se encuentra en el filo o cuesta alta de la Falda Grande, se sigue en línea recta hacia el occidente, lindando con lote de Rosa Cabrera a dar al arroyo de La Cañada frente a un mojón de piedras que se halla en la banda occidental del arroyo en el borde alto; Oriente, este arroyo aguas abajo hasta dar con el desemboque de la zanja montuosa que separa el potrero de Quebrada Arriba del de Las Vacas; luego por este arroyo o zanja arriba, lindando con lote de Elena Cabrera, hasta los pretiles occidentales de La Cañada, que sirven de cerco natural; Occidente, por estos pretiles o bordes hacia el sur, hasta dar con la quebrada Seca; por la quebrada Seca arriba hasta encontrar las peñas con que termina el terreno del Viso; por estas peñas hacia el Sur, hasta dar con la cabecera de la zanja del Mico, encerrando este lindero, tanto el nombrado terreno de Las Cañaditas como Las Cañaditas de Poveda pero nada de Plan en El Viso; Sur, por la zanja del Mico abajo hasta su desembocadura en el arroyo de La Cañada; este arroyo aguas abajo hasta llegar al desemboque del arroyo del Aguacatal; por este arroyo aguas arriba hasta enfrentar con un mojón de piedras en su banda Norte, arriba de su salida a La Cañada; de aquí lindando con lote de Carlos Cabrera, línea recta hacia el Noreste, pasando por el último mojón nombrado y por otro intermedio a uno en la cuesta o filo abajo de la Falda Grande; y de éste en línea recta al mojón de la Cuesta Alta de La Falda Grande de donde se partió."

Finca de EL AGUACATAL, de propiedad de la señora Clementina Castillo v. de Suárez.—Situada también en jurisdicción del Municipio de Paicol, con extensión de 750 hectáreas y comprendida dentro de estos linderos: "Desde el punto en donde se juntan el arroyo llamado La Cañada, del Salado o Neme, tomando por este último arroyo arriba a dar con los barrancos, por el filo de éstos en dirección hacia el Sur, hasta dar con la punta de El Volador; de allí por dicho filo hacia el Oriente, hasta dar con una chamba o barra que se encuentra en el borde de la mesa; de allí a una zanja inmediata; por dicha zanja abajo hasta donde toca con el arroyo llamado Quebrada de Jerusalém; por dicho arroyo arriba hasta dar con un boquerón en donde se halla un mojón; de éste tomando los barrancos inarcables hasta otro mojón que llaman El Boquerón de La Manga de Chávarro; de allí tomando una zanja abajo hasta dar a un arroyo llamada Quebrada de Jerusalén; por dicho arrohasta dar con una zanja que recoge las aguas verticales que salen del Viso del Madroño; por dicha zanja arriba hasta dar con el Viso del Madroño donde hay un mojón de piedra; de allí en línea recta a dar a un mojón de tres piedras grandes que están a orillas de una zanja llamada del Jaguo; por dicha zanja abajo hasta dar con el cercable de una zanja que está al pié de la zanja del Madroño; por dicha zanja abajo hasta donde desemboca en el arroyo llamado Quebrada de la Casa y por ésta abajo hasta donde se junta con el arroyo llamado La Cañada, Salado o Neme, primer lindero citado."

Hacienda de EL TABOR, de los señores Enrique y José María Gómez Campuzano (el subsuelo únicamente). — Consta de unas 787 hectáreas aproximadamente, ubicada en jurisdicción del Municipio del Agrado, y sus linderos son: "Primer lote: "Desde el punto en la quebrada de La Turbia en donde pega la cerca de piedra que divide la manga del camino real con el potrero de "Granadillas", por esta cerca a un mojón de piedra situado en el punto de unión de la cerca divisoria del Mangón del Tabor con el Potrero de Aguirre; de aquí siguiendo las cercas divisorias de Aguirre, con el Mangón, Retiro y Yesal hasta dar con la zanja del Zorrochal; zanja arriba hasta ponerse al frente de una piedra negra; de ahí siguiendo por la cerca que divide el Mangón de Volcanes del potrero de Zorrochal hasta la zanja fragosa que desciende de Jerusalén, por esta zan-

gua; de ahí, por esta cerca, hasta dar a una zanja ja arriba hasta dar a una cerca de piedra antigua; de ahí, por esta cerca, hasta dar a una zanjita que forma la quebrada de Granadillas; por esta zanjita abajo hasta los bordes de Jerusalén y por estos bordes, siguiendo una serie de mojones hasta el Hueco del Palmo, en la quebrada La Turbia; quebrada abajo hasta una vólada y de ésta siguiendo la cerca de alambre que divide los potreros del Ipal y La Mosca, hasta los corrales de piedra; de ahí hasta un mojón de piedra puesto en los bordes de la mesa de La Dormida; de este mojón que se fijó en el frente del lugar de división de la zanja de La Mosca descendiendo por las faldas de la aludida mesa y por unas barrancas inaccesibles que forman límite natural y siguiendo estas barrancas hasta encontrar el punto en donde ellas llegan a la zanja de La Mosca, donde hay un mojón de piedra; zanja de La Mosca abajo, lindando con tierras de Manuel Cuéllar R., hasta encontrar un mojón de piedra; de ahí, por la cerca de alambre y piedra en donde hay mojones de trecho en trecho, hasta el último que está al caer de la zanja de Las Cañas, lindando con las tierras de Comejenes; de ahí, por la cerca de alambre que divide los potreros del Igua y La Jurunela, cogiendo los bordes altos de La Jurunela hasta encontrar la cerca de alambre divisoria con el potrero de La Turbia; por esta cerca hasta la quebrada del mismo nombre; de aquí quebrada abajo hasta una cerca de piedra en su margen derecha; por esta cerca abajo hasta una volada que atraviesa la quebrada de La Turbia; por esta quebrada arriba hasta el punto de partida, primer lindero." Segundo lote: "Desde la confluencia de la quebrada La Turbia con la de Buenavista, ésta arriba hasta ponerse en frente de la cabecera de La Vega de Garañón; ésta en recto, tomando la loma de Garañón y siguiendo por esta loma abajo, hasta ponerse en frente de la conclusión de La Vega, en donde hace un peñasco, y siguiendo de aquí en recta a la quebrada de Buenavista, y ésta aguas arriba hasta su confluencia con la quebrada La Turbia, punto de partida."

Finca de COMEJENES, de propiedad del doctor Tulio Rubiano y Josefina Bueno de Rubiano. Extensión, 400 hectáreas, ubicación, Municipio del Agrado. Sus linderos son: "Del desemboque de la quebrada de La Zabaleta en la de Buenavista o Totumal, Zabaleta arriba a encontrar la punta de un cerco de piedra cuya línea divide la finca que se está demarcando de la propiedad de los herederos del señor Higinio Herrera, hoy del señor Mateo Trujillo, denominada también Zabaleta; por este cerco arriba hasta dar a una zanja que divide los mismos terrenos; zanja arriba hasta ponerse en frente de un cucurucho alto; de este cucurucho por una zanja que desemboca en la quebrada de Las Minas; por éste arriba hasta dar con otra zanja que viene del Norte y en donde se encuentra un cerco de piedra; zanja arriba hasta atravesar el llano de Comejenes al lado arriba de un cucurucho o cerro pequeño; de allí siempre al Norte, hasta encontrar en línea recta el cerco de alambre que divide esta finca del potrero de La Mosca, que fue del Dr. Zoilo Cuéllar Sierra y que va por los linderos expresados en la escritura veintiocho (28) de febrero de mil ochocientos noventa y siete (1897) otorgada en el Pital; por este cerco abajo hasta llegar a la cabecera de la zanja del Salado; cerca del camino público que conduce del Agrado a Rioloro; zanja del Salado abajo hasta caer a la quebrada del Totumal o Buenavista; ésta arriba hasta encontrar una zanja que viene de la cuchilla y que separa la finca que se demarca de los terrenos de la finca de Catalán del Sr. Manuel Cuéllar Rojas, hasta el filo de la cuchilla; cuchilla arriba hasta encontrar la cabecera de otra zanja que divide esta finca de la de El Totumal, hoy de propiedad de Miguel Antonio Cabrera; zanja abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Buenavista o Totumal y ésta arriba hasta encontrar la boca de la quebrada de la Zabaleta, primer lindero."

Hacienda de BUENAVISTA y lotes adyacentes a ella, de propiedad de la señora Clemencia C. v. de Losada. Situada dentro del territorio del Municipio del Agrado, con una extensión de 2.000 hectáreas. Los linderos de la llamada Hacienda de Buenavista son: "Desde el desemboque de la quebrada del Rodeo en la quebrada de Las Peñas, quebrada del Rodeo arriba hasta el punto donde le cae el cerco de alambre que divide el potrero de lo mortuoria de Santos Herrera; siguiendo este cerco, hasta un mojón que hay al pie del golpeador de la puerta que hay en el camino que conduce del Agrado a Rioloro; por este cerco de alambre arriba hasta donde hace esquina; por éste hacia la derecha a dar a la quebrada de Buenavista; quebrada arriba hasta ponerse en frente de la Loma Larga; ésta arriba hasta dar al punto llamado La Aguada; de aquí, tomando hacia la derecha por los bordes del potrero denominado Guasimal que correspondió a la mortuoria del señor Rafael Díaz C., hasta encontrar la zanja que divide las tierras de Potrerillos del globo que se está demarcando; de aquí,

en travesía, siempre por los linderos de Potrerillos, hasta ponerse al pie de la quebradita de Los Corales; ésta arriba hasta tomar el camino real antiguo que conducía a la ciudad de La Plata; siguiendo por dicho camino hasta encontrar la primera cintura de la loma llamada Alto de Buenavista o de Los Indios; por este filo volcando en dirección occidental, hasta encontrar el filo que divide el Municipio del Agrado del Municipio de Paicol, en la parte cuyas aguas forman las hoyas del Páez y el valle del Agrado; de aquí partiendo hacia la izquierda por el mismo límite hasta ponerse frente de la cabecera de la quebrada que divide el globo que se demarca de los terrenos que poseía el señor Manuel Méndez, los cuales lindan con el potrero de La Sabaneta; dicha quebrada abajo hasta encontrar el punto denominado El Salero; de aquí tomando hacia la izquierda hasta ponerse en la cima de la cuchilla inmediata; de aquí buscando los linderos divisorios de los terrenos de La Palma de los del globo en referencia, hasta colocarse en la cabecera de una zanja de agua viva o del muerto; zanja abajo a buscar los linderos de los terrenos de la mortuoria de Rufino Salazar; por éstos hasta dar con los linderos de los terrenos de la mortuoria de Filemón Tamayo; por estos linderos hasta caer a la quebrada de Chimbayaco; quebrada abajo hasta dar con los cercos que encierran la finca de La Lomita; por estos cercos hasta donde hace esquina un cerco de alambre que divide los terrenos de la señora Lastenia Sierra de Díaz; siguiendo estos cercos de alambre hasta donde hay o hacen esquina y volteen a buscar el cerco que divide los terrenos del señor Isauro Valenzuela; por éstos de para abajo hasta encontrar otra esquina que forma el mismo cerco y donde se unen el desagüe de la laguna con la zanjita que va del lado de la puerta que denomina El Machetazo; de esta esquina siguiendo el mismo cerco, siempre dividiendo con terrenos de Isauro Valenzuela, a dar a la puerta de golpe denominada Los Pantanos; de aquí por el mismo cerco hasta dar con los cercos de La Cascajosa que divide el terreno del señor Buenaventura Parra; por estos cercos que encierran el potrero del citado Parra, hasta dar con los cercos que dividen la propiedad del señor Fernando Méndez, encima del filo del Callejón; siguiendo este filo de para abajo, hasta dar con los cercos que dividen terrenos del señor Serafín Chávarro; por estos cercos y chambas que van por el filo hasta dar con los cercos que dividen el terreno de La Angóstura de propiedad del señor Isauro Valenzuela; de aquí a buscar los cercos que encierran el potrero del Porvenir, de propiedad del señor Miguel Antonio Cabrera; siguiendo estos cercos hasta dar con los cercos que dividen los terrenos del señor Pedro Sánchez S.; por estos cercos hasta dar a la quebradita del Callejón; por estos cercos quebradita arriba hasta dar con el mangón que fue de Jesús Marchán; por estos cercos que encierran dicho mangón hasta llegar a la quebrada de Buenavista; quebrada arriba hasta donde le cae la quebrada de Las Peñas; de aquí hacia la derecha a buscar los cercos de los terrenos de la mortuoria de Santos Herrera hasta llegar al desemboque de la quebradita del Rodeo, primer punto de partida."

Lote de Buenavista o Buenos Aires: "Por el Norte linda con terrenos del vendedor; por el Oriente y Sur, linda con terrenos de los señores Celiano Amaya, Nicasio Leiva, Manuel Montilla y los herederos de Lucas Paredes, y por el Occidente, con terrenos del vendedor y la quebrada de Buenavista."

Lote del Callejón: "Del punto donde se encuentra una voladora o campanario en la zanja denominada del Fraile, ésta arriba hasta encontrar otra voladora; de aquí hacia la derecha por una cerca de alambre, dividiendo terrenos, en todo este trayecto, con la señora Amalia de Cabrera; por esta cerca hasta encontrar otra cerca de alambre que divide terrenos de la compradora; por esta cerca de para arriba, hasta dar a una zanja denominada La Tejera; ésta abajo a dar a un zanjón sin agua; por éste de para abajo a dar a un árbol caucho higuerón grande que está al borde de la misma zanja y donde se pondrá un mojón de piedra; de aquí hacia la derecha por unos pretiles en línea recta hasta dar con una cerca de guadua; por ésta en la misma dirección hasta encontrar un zanjón sin agua; atravesando éste en línea recta por unos pretiles y chambas a barra, hasta encontrar una cerca de guadua y ésta abajo a dar a la voladora y zanja del Fraile, punto de partida."

Otro lote en el sitio El Callejón: "Partiendo de un árbol coco que se encuentra a orillas de la zanja denominada La Tejera, por esta zanja arriba a dar a un zanjón seco; de aquí por el cerco de alambre de para arriba y cerca de guadua, hasta dar con un árbol tatamaco; de aquí en travesía, línea recta a dar con el árbol coco, punto de partida."

Lote del Federal. — "De un mojón de piedra

que se halla a la margen izquierda del camino de Buenavista, de aquí en recto a buscar un zanjón; este zanjón arriba a dar a otro mojón de piedra; de éste en recto a otro mojón de piedra situado en el plan alto; de aquí atravesando hueguito (sic) hacia la izquierda, en recto a otro mojón de piedra que se halla en el borde volcanoso; borde arriba, hasta dar a otro mojón; de aquí línea recta, hasta otro mojón que se halla formando esquina; de aquí terciendo a dar con una acequia; acequia arriba hasta otro mojón de piedra; por éste, por una cerca de guadua a encontrar una cerca de piedra que se halla en la orilla del camino real; cerco éste abajo hasta encontrar una puerta de golpe que dá paso al camino real; atravesando este camino y siguiendo una cerca de piedra y chambas a barra, y más cercos de piedra, hasta una zanja montuosa; ésta arriba hasta donde desemboca un zanjoncito; este zanjoncito hasta dar con otra zanja llamada del Salado; ésta abajo hasta encontrar un cerco de piedra, cerco de piedra abajo hasta dar con una acequia; acequia abajo hasta encontrar un mojón de piedra, de este mojón, y por una cerca de guadua hasta dar con una zanjita; ésta abajo hasta dar con una cerca de piedra; por esta cerca de piedra siguiéndola en sus direcciones, y atravesando la acequia de regadío, y una matica de guadua, hasta encontrar la quebrada de Buenavista; ésta abajo hasta encontrar la bocatoma de La Isla; de aquí por un amogamiento hasta un zanjón; éste abajo hasta su desemboque en la quebrada antes citada y ésta abajo hasta el primer lindero citado."

Otro lote adyacente al anterior: "Por el Sur, Oriente y Norte, por cercos que dividen la labranza y potrero de la finca del Pedernal, del punto anterior, hasta llegar a la puerta de golpe que está en el camino real que conduce del Agrado al paso de Riolorá; de aquí hacia el Occidente por el cerco que va por la orilla del camino real, dividiendo el potrero del Salado, hasta un mojón de piedra que está al pie del cerco, se sigue hacia el Sur a dar a un mojón de piedra que está al pie de un tronco de dinde; de aquí a otro mojón de piedra que está frente a la acequia; de aquí a la acequia, y de aquí hacia el Oriente en recto a otro mojón de piedra que está al pie de otro tronco de dinde, frente a la esquina de la labranza que hace parte del Pedernal, punto de partida."

Otro lote, cultivado de cacao, contiguo al Pedernal: "Por el oriente en parte del terreno que fue de la señora Elena Cuéllar de Lara; de ahí siguiendo de para arriba por las cercas divisorias del mangón de la casa y luego por las de la manga de La Vega, hasta encontrar los cercos divisorios del potrero del Palmo de propiedad de la señora Emilia Durán de Cuéllar, hoy de la sociedad conyugal Losada-Cabrera; y de allí hacia la izquierda tomando por otros cercos divisorios del mismo potrero, hasta dar a la quebrada de Buenavista, y por ésta abajo, hasta ponerse en frente al primer lindero."

Finca de El Callejón: — "Tomando de donde se encuentra una cerca de campanario, donde hay a un lado de la zanja un árbol llamado bayo que tiene al pie cuatro piedras, se sigue por el cerco que divide, hoy de Guillermo Sánchez M. (sic), hasta caer a la acequia donde se encuentra un mojón; acequia arriba hasta encontrar otro mojón; de aquí por una carrera de matas de palmicha, y mojones de piedra, subiendo hasta dar con otro mojón de piedra que está en la orilla de una acequia; por ésta abajo hasta donde se encuentra un mojón; de éste a otro mojón; de éste a otro mojón que está a orillas de un zanjón; por éste arriba hasta donde se encuentra otro mojón; de éste en recto a la quebrada de Buenavista; ésta arriba hasta ponerse en frente del peñón alto de la loma colorada; de aquí al peñón; de aquí por el filo arriba, hasta dar con un zanjón, y éste abajo hasta dar con la cerca de campanario, primer lindero citado."

Finca de El Limón: — Integrada por los siguientes lotes: Un potrero de pasto artificial alindado así: "Desde el punto donde cae a la quebrada de Buenavista la cerca que divide los terrenos de pasto de los de sabana, pertenecientes a la sucesión, siguiendo esta cerca y pasando por el corral hasta encontrar la cerca que divide los terrenos de la sucesión (se trata de la sucesión del señor Santos Herrera) de los de Buenavista, del señor Fortunato Losada, hoy de su mortuoria, por esta última cerca de para arriba hasta un mojón de madera, clavado al pie de la misma cerca; de este mojón en recto a otro clavado al borde del barranco; de aquí por el filo del barranco hasta la quebrada de Buenavista, y por ésta abajo hasta el primer lindero citado." **Lote sabanoso:** "Desde el punto en donde cae a la quebrada de Buenavista la cerca que divide los terrenos de pasto de los de sabana de la sucesión de Santos Herrera, siguiendo esta cerca y pasando por el corral, comprendiendo éste, hasta encontrar la cerca que divide las tierras de dicha sucesión de las de Buenavista; por esta cerca abajo hasta un mojón de madera

clavado al pie del poste de la puerta que queda en el camino que va para el Gigante; de aquí a otro mojón clavado al pie de la misma cerca; por ésta subiendo al barranco, hasta la quebrada del Rodeo; ésta abajo hasta la zanja de Las Peñas; ésta abajo hasta donde desemboca en la quebrada de Buenavista y ésta arriba hasta el punto que se citó inicialmente." **Lote denominado de Las Sepulturas.** "Tomando la vía pública que conduce del Agrado al Gigante, al salir del paso de la quebrada de Buenavista, se toma a la derecha el extremo de una cerca de piedra; de aquí, por dicha quebrada aguas abajo hasta dar con un guadual a cuyo pie se halla una cerca de piedra; de aquí hacia el Norte por otra cerca y hasta donde a la derecha estrecha la quebradita del Algarrobo y por éste arriba hasta ponerse en frente del extremo de un cerco de piedra; a la derecha de aquí por el cerco hasta el camino público; de aquí atravesando la quebrada del Salado por un campanario, se sigue por un cerco de piedra, hasta donde forma esquina con otro; por este cerco hacia el Occidente hasta donde pega con otra cerca de piedra, hasta aquí linda, desde el guadual de la quebrada de Buenavista, con terrenos de Angel Vargas. De aquí hacia el camino público por una cerca de piedra, hasta dicho camino y por éste, al extremo de la cerca de piedra, hasta el punto de partida."

Lote-criadero llamado Mesa del Pedernal. "De un mojón de piedra que está al pie de un árbol carbón, en la orilla de la zanja del Garrapato, se sigue por un cerco de alambre a dar a la boca de una zanja; por esta zanja arriba, a dar a un carrasposo; de allí a dar a un mojón de piedra, que está en el borde de La Mesa; de aquí por una zanja abajo hasta dar a un cerco de piedra; ésta abajo, hasta dar con una cerca de piedra; por esta cerca a dar con la cabecera de otra zanja; zanja abajo hasta dar con la quebrada del Mochilero; por ésta arriba hasta su nacimiento; de aquí a dar a la cabecera de otra zanja; por ésta abajo, lindando con terreno de D. Fortunato Losada, hoy de su sucesión, hasta dar con una cerca de piedra; por esta cerca a dar con los carrasposos; por éstos de para abajo, a dar a un boquerón; por éste abajo a dar a unos cerquitos de madera que caen al zanjón del Garrapato; frente a la casa de los Serranos, y zanja abajo hasta el primer lindero."

Potrero y montes de La Caparrosa y San Joaquín: — "De unos pretiles en que termina la Mesa del Pedernal, se sigue por unas chambas a barra y cercos de guadua, alambre y piedra, que dividen el potrero del Pedernal, de propiedad de Angel Vargas, hoy de la sucesión Losada, en dirección hacia el Norte, hasta donde se juntan las quebradas de La Caparrosa y el Trapiche; por esta última de para arriba y lindando con el potrero que fue de Sinforoso Molano, hasta donde desemboca en ella la quebrada del Coral; ésta arriba y tomando la primera cañada hacia la izquierda, hasta llegar a unas matas de cabuya en el filo de la loma, en donde hace un amagamiento, para trepar a la loma alta; de aquí bajando por el filo de la cuchilla, a tomar los bordes hacia la izquierda de dicha cuchilla; de allí por los mismos bordes, hasta dar a unas chambas a barra antiguas; de éstas, por los bordes y peñares, hasta llegar a la cerca de alambre que existe en el punto llamado "El Portachuela"; por este cerco de alambre hacia el Este, a dar con el punto de partida."

Finca denominada CATALAN, de la señora Barbarita Losada v. de Cuéllar. — Situada en jurisdicción del Municipio del Agrado, y con área de 80 hectáreas aproximadamente. Sus linderos son: "De la cabecera del charco de La Toma del regadío de la labranza de Catalán, en donde desemboca una zanja, ésta arriba hasta salir al filo de la cuchilla de Garañoncito; filo abajo hasta ponerse en frente de un derrumbe más grande que se encuentra hacia el Norte junto a la quebrada de Buenavista; de éste derrumbe en recto a la quebrada; por ésta aguas arriba hasta el primer lindero."

Hacienda de BETANIA y potreros adyacentes, de propiedad de la señorita Griselda Cuéllar Losada. — También perteneciente a la jurisdicción del Municipio del Agrado, con área aproximada de 500 hectáreas, y alindada así: "Del punto en donde forma esquina una cerca de piedra, con una peña, que divide con el lote de los Cháux, siguiendo por estas peñas de para abajo, en dirección oriental a buscar los cercos de alambre que separan este lote del de Mesalta; siguiendo por estos cercos, a buscar el borde del llano de la Casa; por estos de para abajo hasta encontrar la chamba de cajón que divide a Mesalta con la manga del Monte; chamba abajo a caer a la zanja Azul; cruzando ésta y siguiendo por los cercos de piedra que dividen a Mesalta con manga del Monte, por estos cercos hasta su terminación en los pretiles de la Mosca; siguiendo por estos pretiles a buscar un cerco de piedra que divide el potrero del Cháux con Manga del Monte; por éstos de para arriba hasta encontrar otro cerco de piedra que divide el mismo potrero con la Manga del Monte; por este cerco abajo en dirección occidental, hasta caer a la zanja Azul; zanja

abajo a encontrar los cercos de alambre y piedra que dividen el potrero El Cháux con Manga de los Terneros; siguiendo la línea de dichos cercos, a encontrar otros cercos de alambre y chambas a barra, que dividen potreros del Guadual con la Manga de los Terneros; por estos cercos en dirección occidental a la puerta de talanquera que dá entrada a la Manga de los Terneros en el potrero del Guadual; de aquí siguiendo por un cerco de piedra, hasta encontrar otro que divide el potrero del Pajal con la manga de la Casa; éste cerco arriba y atravesando la Laguna, a buscar el borde de la peña; ésta borde arriba y siguiendo la línea de cercos de piedra y guadua, a caer a una zanjita; ésta arriba hasta ponerse frente al cerco de piedra que divide el lote de los Cháux con el llamado Llano de la casa; por este cerco en dirección Norte al punto de partida."

Potrero de MESALTA: — "Del punto en donde forman esquina el cerco de piedra de la Manga del Monte, con los bordes de Mesalta, siguiendo estos bordes de para arriba hasta encontrar una peña más alta; de aquí tomando por unos derrumbes para abajo, a caer a la quebrada de La Turbia, donde desemboca la zanja del Palmo, por ésta arriba hasta dar con un mojón de piedra, lindando en todo este trayecto con terrenos del Tabor, Drigelio Penagos y Amalia Lara de Cabrera; de este mojón siguiendo de para arriba por unos pretiles, a caer a la quebradita llamada El Cachimbo o la Turbia, lindando en esta parte con terrenos de Ananías Becerra; Turbia arriba en corto trayecto hasta encontrar el desemboque en ésta de la zanjita que baja del borde del Llano de la Casa; zanjita arriba, a buscar los pretiles del mismo Llano de la Casa, lindando en ésta parte con el lote llamado de Los Cháux; por estos pretiles a buscar el cerco de alambre, que divide el lote que se demarca con el Llano de la Casa, siguiendo el cerco de para abajo hasta encontrar una puerta de talanquera; de este punto, en dirección Sur, atravesando una zanjita, a dar al borde del Llano de la Casa; borde abajo hasta encontrar una antigua chamba de cajón; siguiendo ésta en dirección noroeste, a caer a la zanja de Agua Azul; atravezando dicha zánja en la misma dirección, y siguiendo por los cercos de piedra que dividen mesalta con Manga del Monte, a buscar el punto de partida."

Lote de Los Cháux "Del punto en donde forma esquina un cerco de piedra con otro de alambre, cerca al corral de los potreros del Hueco y Cachimbo, se sigue por el cerco de piedra en dirección oriental, hasta encontrar una chamba a barra; por ésta de para abajo hasta su terminación en unas peñas altas; de aquí siguiendo los bordes del potrero del Hueco, hasta caer a la zanja de Raspayuco; por ésta de para abajo hasta ponerse en frente de los bordes que dividen el potrero del Pajal con el lote que se demarca; por estos bordes hasta caer a una zanjita que nace en este lote; zanjita arriba hasta ponerse en frente de la cerca de piedra que divide el Llano de la Casa de este mismo lote; siguiendo la línea de este cerco de piedra hasta su terminación en una peña; por ésta en dirección sur hasta la cabecera de la zanja del Llano de la Casa; esta zanja abajo hasta su desemboque en la quebrada del Cachimbo o Turbia; ésta arriba hasta encontrar una zanjita que divide este lote del potrero del Cachimbo; zanjita arriba a buscar una cerca de alambre que divide este lote del Cachimbo; por este cerco en dirección sur, a buscar el punto de partida".

Lote de "La Loma": "Del punto en donde forma esquina un cerco de guadua con la zanja del Madroño, se sigue zanja arriba hasta encontrar un mojón de piedra que se halla en el borde de la montaña; de éste en dirección oriental y por una zanja abajo, hasta dar con otro mojón de piedra que se halla al pie de un cachimbo; de éste mirando hacia el Norte hasta encontrar otro que se halla en el cogedero de agua de Moisés Quintero, zanja arriba hasta encontrar otro mojón que se halla en el desemboque de una zanjita que viene en dirección Nóroeste; de éste a caer á la zanja de los Chávarros; ésta arriba hasta salir al filo, por el filo en dirección sur hasta el Planete; de aquí por un hueco abajo hasta encontrar las cabeceras de la quebrada del Trapiche; ésta abajo hasta encontrar los cercos del potrero del Hueco, lindando en todo este trayecto con propiedades de los Marchán, Ananías Becerra, Miguel Cabrera L., y Clemencia Cabrera v. de Losada; por estos cercos a caer a la quebrada del Cachimbo; ésta abajo hasta ponerse en frente de los bordes del potrero del Hueco con el Cachimbo; de aquí mirando al Norte a buscar los cercos que dividen este lote con el potrero del Cachimbo; siguiendo éstos en dirección Norte, hasta llegar al punto de partida."

Lote de EL CACHIMBO: "Desde el punto en donde forma esquina un cerco de alambre con otro de piedra, cerca al corral del potrero del Hueco, se sigue el cerco de piedra en dirección Noroeste, hasta encontrar una cerca de alambre; siguiendo esta cerca arriba hasta donde termina, frente a otro cerco de alambre que divide este lote con el lote llamado La Loma; siguiendo la

línea de este último cerco en dirección Norte, hasta su terminación en la zanja del Madroño, lindando en este trayecto con los potreros del Hueco y La Loma; zanja del Madroño abajo a buscar los pretiles del Planete, donde vivió Cervelión Palomino; por estos pretiles de para abajo, hasta la punta del planeta, lindando en esta parte con terreno de los Marchán; de este último punto a caer a la quebrada del Cachimbo; ésta arriba a buscar el desemboque de la zanja que divide este potrero con el lote de los Cháux; zanja arriba a buscar la cerca de alambre que divide el potrero que se demarca con el mismo lote de los Cháux; esta cerca de alambre en dirección sur, a buscar el punto de partida."

Potrero de El Pajal: "Del cerco que corta la laguna de la casa, siguiendo por éste al borde de la peña; borde arriba y siguiendo por los cercos de piedra y guadua, a buscar los pretiles que sirven de cerco a este potrero con el lote de los Cháux; por estos pretiles hasta caer a la zanja del Raspayuco; cruzando ésta a buscar los pretiles que sirven de cerco con la Mesa del Raspayuco; por éstos de para abajo hasta caer a la quebrada de Las Minas, frente a una cueva; de aquí tomando los filos de La Pedregosa y lindando con terrenos del Dr. Luis Felipe Valenzuela, estos filos abajo hasta ponerse en frente de los cercos de piedra que dividen este potrero del de El Guadual; por estos cercos y cruzando la quebrada de Las Minas, en el punto donde desemboca una zanjita montuosa, ésta arriba y siguiendo cercos de alambre y piedra, hasta el cerco de la laguna, en el punto de partida."

Potrero de El Guadual: "De la puerta de talanquera que dá entrada a este potrero, siguiendo por un cerco de piedra, a caer a una zanjita; ésta abajo hasta su desemboque en la quebrada de Las Minas; cruzando esta quebrada y siguiendo por los cercos de piedra, a dar al filo de La Pedregosa; por ésta de para abajo, lindando con terrenos de Mateo Trujillo, hasta ponerse en frente de los cercos que dividen este potrero con el del Lindero; por estos cercos a encontrar los pretiles que sirven de cerca a este potrero con el de Cháux; estos pretiles arriba y siguiendo por unos cercos de alambre, a caer a la quebrada de Las Minas, cruzando ésta y siguiendo unos cercos de piedra de para arriba, hasta encontrar los cercos de alambre y chamba a barra que dividen este potrero con la manga de los Terneros; estos cercos abajo y cruzando la zanja Azul, hasta encontrar la puerta, punto de partida."

Potrero del "Cháux". "Del corral del potrero que está entre el potrero del Lindero y del que se alinda, siguiendo por un cerco de piedra de para arriba, a dar a una zanjita; ésta arriba y siguiendo por los cercos de alambre hasta caer a la zanja de La Mosca; ésta arriba, lindando con terrenos del Tabor, a buscar los pretiles que sirven de cerca, con esa misma hacienda; estos arriba a buscar los cercos de piedra que dividen este potrero con la manga del Monte; por estos cercos y pretiles a buscar otros cercos de piedra que dividen este potrero con la mencionada manga; este cerco abajo hasta caer a la zanja Azul; ésta abajo a buscar los cercos de alambre y piedra que dividen el potrero que se demarca de la manga de los Terneros; por estos cercos de para abajo hasta caer a la quebrada de Las Minas; cruzando ésta y siguiendo por cercos de alambre a buscar los pretiles que sirven de cerco a este potrero y al del Guadual; estos pretiles abajo hasta ponerse al frente del corral; de aquí de para abajo y siguiendo un cerco de piedra, cruzando la quebrada de Las Minas, a encontrar el corral, punto de partida."

Lote "El Lindero": "Del corral que está entre este potrero y el Cháux de la partida anterior, siguiendo por un cerco de piedra, de para arriba a dar con una zanjita; ésta arriba siguiendo por una cerca de alambre, a caer a la zanja de La Mosca; ésta abajo, a encontrar la voladora del Tabor; cruzando ésta y siguiendo por unos cercos de alambre en dirección sur, a encontrar el cerco de piedra que separa terrenos del Dr. Tulio Rubiano, lindando hasta aquí con el potrero de La Mosca; siguiendo por estos cercos de piedra y otros de alambre a caer a la quebrada de Las Minas; cruzando ésta y siguiendo por estos mismos bordes y cercos hasta encontrar el picacho más alto; de aquí siguiendo por unos bordes de para abajo, a caer a la zanja de Las Aguadas, lindando en esta parte con terrenos del Dr. Tulio Rubiano; cruzando esta zanja y siguiendo por una zanjita arriba, a dar al filo arriba hasta ponerse en frente de unos pretiles que sirven de cerco a este potrero, con terrenos de Mateo Trujillo; de aquí de para abajo a caer a la zanja de Las Aguadas; cruzando ésta y siguiendo por los pretiles, a dar al filo de La Pedregosa; frente al corral del lindero; de aquí siguiendo de para abajo por unos derrumbes, a buscar el cerco de alambre que divide este potrero con el del Guadual; siguiendo este cerco a dar a la quebrada de Las Minas; cruzando ésta, a dar al corral punto de partida."

Terrenos denominados "EL HUECO" y "RASPAYUCO", de propiedad de José Antonio Cuéllar Losada. Situados en jurisdicción del Muni-

cipio del Agrado, y con una área aproximada de 200 hectáreas. Se alindan en la demanda así: "EL HUECO" "De la punta del cerco de piedra que divide el potrero de Raspayuco del potrero que se deslinda siguiendo por una zanjita montuosa de para abajo, hasta caer a una zanja honda; por ésta de para abajo, hasta ponerse frente de unas peñitas albas; por éstas de para arriba hasta dar a la punta de una chamba a barra; por ésta de para arriba hasta dar con un cerco de piedra; éste arriba hasta llegar a los cercos de guadua; por los cercos éstos hasta buscar los bordes o pretiles que dividen este potrero del de Cachimbo; por estos bordes de para arriba hasta caer a la quebrada del Cachimbo o La Palmicha donde se puso un mojón de piedra; por ésta de para arriba a buscar los cercos de alambre que dividen dicho potrero de La Loma; siguiendo por estos cercos hasta caer a la quebrada del Trapiche; por ésta de para abajo hasta una zanja honda que divide terreno que fue de la señora Susana Polo, hoy del comprador (sic); por esta zanja de para arriba hasta dar con un cerco de piedra; éste abajo hasta el primer lindero citado como punto de partida." "EL RASPAYUCO:" "Desde el punto en donde se juntan las quebradas del Trapiche y La Caparrosa, por la del Trapiche arriba hasta encontrar los cercos de piedra del Potrero del Hueco; por estos cercos abajo hasta dar con un zanjón montuoso; por este zanjón abajo, encerrando la mesa del Raspayuco, hasta encontrar la quebrada del Trapiche o Minas; ésta arriba hasta el primer lindero citado."

Finca de FINLANDIA o ZABALETA, de propiedad de Mateo Trujillo. Situada como las anteriores dentro de la jurisdicción del Municipio del Agrado, con área aproximada de 200 hectáreas y alindada así: "Por el Norte linda con propiedades que fueron del Sr. Manuel Cuéllar Rojas, hoy de la señorita Griselda Cuéllar; por el Oriente con la finca de Comejenes, hoy de propiedad del Dr. Tulio Rubiano; por el Occidente con propiedades que pertenecieron a Isauro Valenzuela, hoy del Dr. Luis Felipe Valenzuela y terrenos que fueron de propiedad de Epifanía Valenciano de Salazar, hoy de Martiliano Méndez y por el Sur con la finca de "El Totumal", hoy "Lisboa", que perteneció a Miguel Antonio Cabrera, hoy de propiedad de Diego Cabrera L."

Los títulos coloniales.

Los opositores fundan principalmente su derecho al dominio sobre el petróleo que pueda existir en el subsuelo de las fincas que se acaban de relacionar, en los siguientes títulos coloniales:

a) Composición de tierras hecha a favor de don Ambrosio de Salazar por el Gobernador de la Provincia de Neiva en 1680, sobre las tierras de Yaguilga y Chimba;

b) Composición hecha en la misma forma y el mismo año a favor de don Juan de Vargas Figueroa, sobre las tierras de Motilón; y

c) Composición de tierras hecha de igual manera a favor de don Ambrosio de Suárez, del inmueble llamado "Potrerillo".

Contestación de la demanda.

En breve escrito de fecha 15 de noviembre de 1951, el señor Procurador Delegado en lo Civil dió respuesta a la anterior demanda, manifestando, en conclusión, que el libelo fue presentado dentro del término señalado en el Decreto Nº 10 de 1950 (artículo 10), en armonía con el Art. 5º de la Ley 160 de 1936, y que en cuanto a las súplicas y hechos que en él se expresan, se acoge a lo que resulte probado en el juicio.

Composición de Don Ambrosio de Salazar.

La Sala entra al estudio de las pruebas aportadas oportunamente por las partes, dividiéndolo en tres capítulos, de acuerdo con cada una de las composiciones de tierra que se han mencionado, y dejando sentadas sus conclusiones en cada caso. Este sistema abreviará el presente fallo que habrá de abarcar materias muy diversas.

Habrá de examinarse primero lo relativo a las tierras de Yaguilga y Chimba, compuestas por don Ambrosio de Salazar, cuya extensión es superior a las otras dos composiciones mencionadas atrás.

Este título consta de las copias expedidas por el Archivo Nacional, tomadas de los "**autos obrados por Don Francisco Alvarez de Velasco, Gobernador que fue del Valle de la Concepción de la ciudad de Neiva, en virtud de comisión del Gobierno para las composiciones de tierras de aquella jurisdicción.**" De dichas copias aparece:

a) Copia de la Real Cédula del Pardo, de 1º de noviembre de 1591 por la cual se ordenó restituir a la Corona "las tierras que cualesquier personas tienen y poseen en estas provincias sin justo y legítimo título", y se den a moderada composición, a cuyo fin se imparten allí las facultades necesarias al Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada.

b) Copia del auto por medio del cual se dio comisión al Gobernador de la Provincia del Va-

lle de la Concepción de Neiva, don Francisco Alvarez de Velasco, para la composición de tierras en el territorio de su jurisdicción, fechado el 10 de enero de 1675.

c) Solicitud del maestre de Campo don Ambrosio de Salazar, que dice literalmente copiada:

"El Maestre de campo don Ambrosio de Salazar, me presento ante vuestra merced a la composición de las tierras en que está vuestra merced entendiendo, de este gobierno, y yo como uno de los que están comprehendidos, digo: que en jurisdicción de esta Villa estoy ocupando con mis ganados un pedazo que linda con las que tiene el capitán Francisco de Rojas, desde la quebrada que llaman del Hígado, por la parte de arriba y va a rematar en donde cierra el valle, que linda con las que posee Pedro de Montealegre, y por lo ancho —llevando por lado el dicho río de La Magdalena— y por el otro la sierra y Montaña que corre desde la cabecera de dicha quebrada del Hígado hasta el cerro alto que está en frente de la quebrada honda, todo el hueco que hay debajo de estos linderos, en conformidad de los títulos que presento con la solemnidad necesaria y que siendo uno de los que más se han servido a su Majestad en este gobierno, como su leal vasallo, como es público y notorio, se ha de servir vuestra merced con su acostumbrada piedad, de moderarme la cantidad en dicha composición, para que yo sirva a su Majestad con lo que se me señalare, para que las posea con seguro y derecho título, que no hay en el hueco la cantidad de estancias que por merced se le hicieron al capitán Esteban de Avilés y al Capitán Andrés del Campo Salazar, mi padre, quien las pobló y defendió de los indios pijaos que infestaban este gobierno,...cuyos derechos compré en precio de mil patacones, como consta de las ventas de que hago manifestación...."

A continuación de esta petición aparece el decreto del Gobernador Alvarez de Velasco, fechado el 26 de abril de 1680, por el cual se le "reparten" al peticionario "ochenta pesos de composición y veinte de media anata, y se dispone despachar el respectivo título. Hay constancia, en seguida, de que don Ambrosio de Salazar "exhibió" en reales cajas los ochenta pesos fijados para su composición de tierras.

Identificación de estas tierras.—Inspección ocular y dictamen pericial. — Los opositores, dentro del término probatorio, pidieron la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos ingenieros, sobre los tres globos de tierra compuestos en 1680 como se dejó expresado anteriormente y sobre cada una de las fincas a que se refiere la demanda, a efecto de determinar objetivamente las distintas alindaciones, y, finalmente, para verificar la superposición del área de la Propuesta Nº 533 sobre los mismos predios.

La diligencia fue encomendada por esta Sala al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, quien la llevó a efecto durante los días del 1º al 12 de junio de 1952.

De las actas respectivas se establece claramente que el personal inspector pudo localizar fácilmente los puntos básicos de la alindación de las tierras de la composición de don Ambrosio de Salazar. Efectivamente, el primer día fue reconocido mediante una amplia información testifical, el primer lindero de dicha composición, esto es, la desembocadura de la quebrada del Hígado en el río Magdalena, punto distante unos cuatro kilómetros hacia el Norte de la población de Tarqui (anteriormente El Hato). Desde un sitio elevado de esa misma zona, y tomando orientación con brújula, se hizo la identificación del cauce de dicha quebrada hasta determinar el punto de su nacimiento en la Serranía de Las Minas, que aparece claramente dibujada en los mapas del Departamento del Huila.

En el segundo día, fueron recorridas e identificadas las fincas denominadas Comejenes, Callejón, Catalán, Betania, El Tabor y Las Olletas, y los linderos o sitios denominados "Alto de Buenavista", donde nace la quebrada de La Cañada, lindero oriental de las tierras de la composición de don Juan de Vargas Figueroa, como adelante se verá. Por último, el personal inspector identificó el "cerro alto", o sea el llamado "Matambo", punto éste que queda precisamente frente al desemboque de la quebrada Honda en el río Magdalena, sitio que también fue identificado el último día de la inspección ocular, y que cierra, sobre dicho río, el polígono de la composición Salazar. El límite oriental de ésta, está constituído por el curso del río Magdalena desde la boca de la quebrada Honda, aguas arriba, hasta la confluencia de la quebrada del Hígado que fue, según se ha visto, el primer punto identificado por el personal inspector.

Con fundamento en estas comprobaciones, los señores peritos, de modo uniforme, rinden su concepto sobre la identificación de las tierras de Yaguilga y Chimba que son materia de este capítulo, en estos textuales términos:

"De la descripción inmediatamente anterior resultan los siguientes linderos para esta composición: el río Magdalena desde la desembocadura en su margen derecha de la quebrada Honda

hasta la desembocadura de la quebrada del Hígado; una línea recta que una la desembocadura de la quebrada Honda en el río Magdalena hasta el cerro alto que queda al frente, o sea el cerro de Matambo; otra línea que partiendo de dicho cerro Matambo siga por la sierra hasta las cabeceras de la quebrada del Hígado; y por último una línea que cerraría el polígono y que seguiría el curso de la quebrada del Hígado pasando por las tierras que poseía el capitán Francisco de Rojas, hasta su desembocadura en el río Magdalena (en los planos, línea de color morado). La zona Noroeste de esta composición es la interesante desde el punto de vista de este peritazgo, porque es la que se superpone con terrenos de la propuesta de concesión Nº 538 y porque además en dicha zona es donde están localizadas las fincas de los opositores."

Estiman los peritos que dentro de los límites enunciados quedan comprendidas las siguientes fincas de los opositores Clemencia C. de Losada, Tulio Rubiano y Josefina B. de Rubiano, Enrique y José María Gómez Campuzano, Barbarita v. de Cuéllar, Griselda Cuéllar Losada, Mateo Trujillo, José Eugenio y Alejandro Cabrera, en su orden: Buenavista y Callejón, Comejenes, Tabor, Betania, Catalán, Finlandia, Los Cauchos, Las Olletas y Los Cauchos y Las Olletas (estas dos últimas propiedades lo estarían parcialmente.)

Por último, refiriéndose al aspecto de la superposición del área de la propuesta 538 sobre las tierras materia de la composición Salazar, dicen los expertos: "En cuanto a la composición de Ambrosio de Salazar, claramente se ven en el plano que sólo parte de ella está comprendida dentro de los linderos de la propuesta de concesión Nº 538. En dicha parte, (la que está dentro de la sucesión) y dentro de la zona que delimitan la quebrada de Buenavista desde su nacimiento en los linderos de la composición de Ambrosio de Salazar hasta la quebrada de Callejones, la línea recta de allí al boquerón de Carañoncito, del filo de Carañoncito hasta encontrar el río Magdalena, río Magdalena aguas abajo hasta encontrar la desembocadura de la quebrada Cascajosa, la quebrada Cascajosa aguas arriba hasta entrar el lindero occidental de la ya citada composición y por último éste hasta encontrar el nacimiento de la quebrada de Buenavista, se encuentran las siguientes fincas de los opositores: El Tabor, Comejenes, Catalán, Betania, La Zabaleta o Finlandia, Los Cauchos, Los Cauchos y Las Olletas y los potreros del Hueco y Raspayuco.

"Respecto a la finca de Buenavista que se encuentra en su totalidad dentro de la composición de Ambrosio de Salazar, ella no está totalmente dentro de los límites de la propuesta de concesión Nº 538, ya que el lindero sur de dicha propuesta pasa al Norte del nacimiento de la quebrada de Callejones, punto éste, como se puede apreciar en los planos, está dentro (sic) de la finca de Buenavista pero fuera de la concesión."

Conceptos de la Procuraduría Delegada. — No está del todo conforme la Procuraduría Delegada en lo Civil con las anteriores conclusiones del dictamen pericial, puesto que, como se verá de la siguiente transcripción, encuentra deficiencias en la prueba técnica y vacíos en el recorrido de los linderos de las tres composiciones de que este juicio se ocupa. Dice en lo atinente a las tierras de que se viene hablando:

"No se recorrieron totalmente los límites de las tres composiciones por identificar, ni en el curso seguido se guardó el debido orden en forma que el lector pueda darse fácil cuenta de cuál o cuáles son las composiciones que se están identificando ....."

"Nada tendría que objetar el suscrito a la anterior determinación del predio en estudio, para cuya identificación posible halló bases el Servicio Técnico del Ministerio, pues en realidad aquí, a diferencia de lo que ocurre con las otras composiciones analizadas, todos los puntos de referencia son arcifinios. Así, por ejemplo, respecto del lindero cabecera de la quebrada de El Hígado, hasta la desembocadura de ésta en el río Magdalena —que no está mencionado en el documento respectivo— parece inobjetable el trazo de la línea recta entre dos puntos extremos, como lo conceptúan los peritos. Pero por lo que hace al lindero occidental (cerro Matambo-cabeceras de la quebrada del Hígado), observo que en la diligencia de inspección no se recorrió la línea correspondiente, o sea la serranía de que habla la inspección. De esta suerte, no hay explicación posible al trazo sinuoso del lindero occidental en el plano, trazo que en esta forma da al terreno una extensión mayor que la que tendría si hubiera sido recta la línea intermedia. Lo cual no puede ser indiferente para la Nación"

La Sala considera:

Aunquando el acta de la diligencia de inspección ocular no expresa que el personal hubiera recorrido palmo a palmo la línea sinuosa de la serranía de Las Minas, se concluye que es completa la determinación de las tierras que formaron la composición del Maestre de Campo don

Ambrosio de Salazar, por estas sencillas razones:

Está visto que el personal inspector determinó sin contradicción alguna los linderos básicos de la composición de que se trata, a saber: confluencia de la quebrada del Hígado en el río Magdalena; nacimiento de dicha quebrada en la serranía de Las Minas; el cerro alto, o sea el llamado de Matambo; la confluencia de la quebrada La Honda en el río Magdalena, sitio frontero al ya mencionado cerro alto. Se tiene entonces que dichas tierras tienen como lindero sur, todo el curso de la quebrada del Hígado, desde su desemboque en el río Magdalena hasta su nacimiento en la serranía de Las Minas; de este punto se sigue una línea que va por sobre la parte alta de la serranía que se indica en los planos, y va a rematar en el cerro de Matambo; de este punto se traza una línea recta de corta proyección hacia el punto donde la quebrada Honda rinde sus aguas en el río Magdalena; de dicho desemboque se sigue el río Magdalena aguas arriba hasta encontrar el punto de partida.

Esta alindación permite formar un cuerpo cierto, claramente determinado. Los linderos que lo encierran son, como hubo de anotarse desde un principio, en su totalidad arcifinios, y hay la circunstancia de que los nombres con que fueron mencionados esos linderos en la alindación primitiva, se han venido conservando a través de una tradición de varias centurias.

El reparo que a este respecto ha formulado el señor Procurador Delegado se refiere, como puede observarse de la anterior transcripción, al lindero occidental entre el nacimiento de la quebrada del Hígado en la serranía de Las Minas y el cerro alto o de Matambo, que queda frontero a la desembocadura de la quebrada La Honda en el río Magdalena. Pero el dictamen pericial sobre el punto coincide con el documento de composición de D. Ambrosio de Salazar y ambos indican que este lindero lo forma la línea sinuosa de la serranía entre los dos puntos ya expresados del nacimiento de la quebrada del Hígado en la serranía de Las Minas y el cerro de Matambo. No se ve por qué hubieran de apartarse los peritos del lindero natural constituido por la mencionada serranía, para trazar caprichosamente una línea recta entre el nacimiento de la quebrada del Hígado y el cerro de Matambo que redujera así considerablemente el área de las tierras compuestas por don Ambrosio de Salazar.

Superposición. También es fundado el concepto de los peritos en lo que atañe al fenómeno de la superposición del área de la Propuesta Nº 538 de que hoy es cesionaria la Compañía de Petróleos Orinoco, sobre la zona de terreno de la composición Salazar, formada por la cuchilla llamada de Garañoncito, (línea B-C de la propuesta), la quebrada de Buenavista hasta su nacimiento, y la serranía que va a terminar en el cerro de Matambo, quedando cerrada por el norte mediante la línea recta e imaginaria Cerro de Matambo-boca de la quebrada La Honda.

Dentro de esta zona de superposición se encuentran ubicadas las fincas de Buenavista (parcialmente), Comejenes, El Tabor, Betania, Catalán, Finlandia o Zabaleta, los potreros del Hueco y Raspayuco, Los Cauchos y Las Olletas, y Los Cauchos (parcialmente).

Validez del título de la composición Salazar. Los títulos coloniales que se han traído a este juicio, en copia expedida por el Jefe del Archivo Nacional, proceden de los ordenamiento de las dos reales Cédulas del Pardo, expedidas por el Rey de España el primero de noviembre de 1591. Por la primera se consagró el principio de que todas las tierras que en esa época se poseían en los territorios de la Nueva Granada "sin justos y verdaderos títulos", debían restituírse al patrimonio de la Corona.

Los altos funcionarios del gobierno colonial quedaron investidos de la facultad de revisar los títulos de todos los poseedores de tierras, y su fallo sobre la validez de aquéllos no podían ser materia de una nueva revisión. "Y para este efecto os mando —dice el texto de la real pragmática— que luego proveais que dentro del término que para ello se señaláredes exsiban ante vos y ante las personas de letras ciencia y conzienzia que nombraredes para ello los títulos que para ello tubienen de las tierras estanzias chacaras e caballerias que cada uno tiene e amparándolas en las demás para disponer de ellas a mi voluntad sin que aia ni pueda haver sobre ello pleito alguna mas que la declaración que Vos y las personas que tubieran Vuestro Poder y Comisión yzieren azerca de ello, que para el dicho Efecto a vos y a ellos os doy e conzedo tan bastante poder como se requiere."

Por medio de la segunda Cédula, el Monarca español precisó aún más al alcance de la medida, sus causas y efectos, en busca de una mejor aplicación. Esta real provisión es la que, según se ve en la copia expedida por el Jefe del Archivo Nacional, encabeza "los autos obrados por don Francisco Alvarez de Velasco, Gobernador que fue del Valle de la Concepción de Neiva", comisionado para las composiciones de tierras en el territorio de su jurisdicción.

Es de suma conveniencia tomar aquí lo perti-

nente del texto de esta segunda Cédula Real, porque de él podrá deducir la Sala el verdadero mérito probatorio de los documentos aducidos a la litis en orden a acreditar la propiedad particular del subsuelo petrolífero "por haber salido del patrimonio nacional antes de la reserva estatal de 1873."

Este texto se vierte del que aparece inserto en la sentencia de 5 de agosto de 1942 (Gaceta Judicial Tomo LIII, Nº 1987) y dice así:

"El Rey —doctor Antonio González del mi Consexo de las Indias mi Gobernador y Capitán General del Nuevo Reyno de Granada por otra cédula mía de la fecha de esta os ordeno que me agays restituir todas las tierras que cualesquier personas tienen y poseen en esas provincias sin justo y legítimo título haciéndolos exsaminar para ello y como quiera que justamente se pudiera executar lo que contiene la dicha cedula por algunas justas caussas y consideraciones y principalmente por haxer a mis basallos he tenido y tengo por vien que sean admitidos a alguna acomodada compussición para que sirviéndome en lo que fuere justo para fundar y poner en la mar una gruesa armada para asegurar estos reynos y esos y las flotas que van y bienen dellos no resciban daño de los enemigos como lo procuran antes sean castigados se les confirmen las tierras y viñas que tien y poseen y por la presente con acuerdo y parescer de mi Consexo Real de las Indias os doy comisión poder y facultad para que reservando ante todas cossas lo que os paresciere necesario para plazas exidos propios pastos y valdios de los lugares y consexos questan poblados assi por lo que toca al estado presente como al por venir del augmento y crescimiento que puede tener cada uno y a los yndios lo que huvieren menester para sus sementeras.. todo lo demás lo podays componer y sirviéndome los poseedores de las dichas tierras chácaras estanzias, cortixos cavallerias con lo que os paresciere justo y razonable, según la qualidad y cantidad de las tierras que tienen y poseen sin justo y legítimo título se las podays confirmar y darles nuevo título (subraya ahora la Sala) dellas y para que a los mismos y a otros cualesquiera que aunque possean algunas de las dichas tierras chácaras estanzias con buenos títulos quisieren nueva confirmación dellas, se las podays conzeder con las cláusulas i firmezas que les conveniere sirviéndome por ello con lo que fuere justo y con ellos conzertaredes....y en caso que algunas personas rehussaren y no quisieren la dicha compussición prozederéis con los tales conforme a derecho en virtud de la dicha nuestra cédula restituyéndome ante todas cossa, en todo lo que hallaredes que an ocupado y poseen sin título válido y legítimo...."

Quedó así instituida por la legislación española para las Indias la llamada composición de tierras, cuya finalidad no fue otra que corregir la ocupación de grandes extensiones de terreno al amparo de títulos que, aunque debidamente expedidos, no eran suficientes a amparar aquellos grandes latifundios, o la detentación de la propiedad territorial mediante títulos falsos o viciados por informalidades en su expedición. Mediante una "acomodada composición", los poseedores irregulares podrán obtener un nuevo título de sus tierras. Para ello, todos debían acudir a las autoridades facultadas expresamente para componer tierras, exhibiendo sus títulos, y debiendo someterse al fallo definitivo que se dictase sobre el particular. Los funcionarios comisionados decidían si se aceptaba o nó la composición solicitada, y fijaban, en caso afirmativo, el valor de los correspondientes derechos de composición, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de las tierras y los servicios prestados por el peticionario al gobierno de su Majestad.

En el año de 1680, como se deduce de "los autos obrados por don Francisco Alvarez de Velasco", Gobernador de la Provincia de Neiva, se trasladó el nombrado funcionario a la población de La Plata en desarrollo de la comisión que se le había conferido para la composición de tierras en aquella Provincia. A él acudieron Ambrosio de Salazar, Juan de Vargas Figueroa y Ambrosio de Suárez, vecinos de la Villa de Timaná, quienes habían adquirido por compras entre particulares varias porciones de tierra, el primero en la región de La Yaguilga, en Motilón y La Jagua el segundo, y el tercero un pedazo de tierra contiguo a la Cañada del Nemé, conocido hoy con el nombre de El Aguacatal. Hicieron "manifestación" de sus títulos, esto es, los acompañaron a su respectivo pedimento, e indicaron la alindación general que demarcaba cada globo de terreno y la forma como lo habían adquirido.

El Gobernador Alvarez de Velasco dictó el siguiente "decreto" sobre admisión de la solicitud de composición elevada por Ambrosio de Salazar: "Por presentada la petición y demás instrumentos y se le reparten ochenta pesos de composición y veinte de media anata, atento haber costado las tierras mil pesos y a los especiales y notorios servicios que ha hecho esta parte a su Majestad; y en esta conformidad se despache el recaudo necesario con copia de la real cédula. Así lo proveí, mandé y firmé yo el Gobernador

y Capitán General don Francisco Alvarez de Velasco, juez de composiciones de tierras de este gobierno en veinte y seis de abril de mil seiscientos y ochenta años con los testigos que van firmados por defecto de escribano...." Y como ya se vió anteriormente, a continuación de esta providencia se encuentra la constancia de que Ambrosio de Salazar 'entero' en las Reales Cajas el valor de los derechos que le habían sido tasados.

Los documentos a que se viene haciendo referencia, en sentir de la Sala, dan plena fe de que don Ambrosio de Salazar obtuvo de la Corona Española en el año de 1680, el título de composición de las tierras denominadas entonces de Yaguilga y Chimba, que adquirió por compras a particulares, y que él alindó en su pedimento formando un solo globo de terreno. No sobra decir que el señor Procurador Delegado en lo Civil hubo de llegar a esta forzosa conclusión en su alegato final.

La Corte ha reconocido plena eficacia a los títulos sobre composiciones de tierras para probar el dominio sobre el subsuelo petrolífero. Ese reconocimiento se funda en el sentido y alcance de las leyes que reglamentaron la propiedad territorial durante la Colonia.

De todo lo anterior se desprende que en el presente juicio sí aparece demostrado que las tierras que formaron la composición obtenida por don Ambrosio de Salazar en el año de 1680, y cuyos linderos fueron en su totalidad identificados durante el término de prueba ,salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva establecida en el Código Fiscal de 1873.

Tradición de las fincas correspondientes a este título.

De acuerdo con los numerosos instrumentos notariales que obran en autos, todos debidamente registrados, existe una cadena casi ininterrumpida de transmisiones que demuestran la forma como aquellas extensas tierras, dedicadas desde tiempos muy remotos al cultivo del cacao y a la cría de ganados, fueron subdivididas con el correr de los años en diversas haciendas, entre las cuales se encuentran las de Buenavista, Tabor, Comejenes, Betania, Catalán, Los Cauchos, etc., y cómo vinieron a parar en el patrimonio de los opositores Clemencia v. de Losada, Dr. Tulio Rubiano y señora Josefina B. de Rubiano, Enrique y José M. Gómez Campuzano (dueños del subsuelo de El Tabor), Barbarita L. de Cuéllar, Criselda y José Antonio Cuéllar Losada, Alejandro y José Eugenio Cabrera y Mateo Trujillo.

Títulos de Buenavista.--Siguiendo un riguroso orden cronológico, los títulos traslaticios de la actual hacienda de Buenavista, con sus lotes y potreros del Callejón, El Limón, El Pedernal y Buenavista o Buenos Aires, son los siguientes:

1—Escritura de fecha 21 de junio de 1684 (fols. 163-167 del C. Nº 12). Recoge fragmentos del juicio sucesorio de don Ambrosio de Salazar y de doña Isabel de la Zarza, su esposa. Esta copia, expedida por la Notaría del Circuito de Garzón, dá cuenta de que en el mes de junio de dicho año se dió principio al inventario y avalúo de los bienes que dejó al morir el primero de dichos cónyuges. Aparecen allí los documentos fechados el 20 y 25 de diciembre de 1674, sobre constitución por parte de doña Isabel de la Zarza de una capellanía de mil patacones sobre las posesiones de Chimba, y un memorial relativo a la partición de bienes sucesorales de dicha señora, suscrito por Damián de Triana, esposo de Mariana de Castro, hija del primer matrimonio de doña Isabel, en que reclama contra algunas providencias dictadas en el respectivo juicio. De los términos de dicho escrito se alcanzan a entrever las graves diferencias surgidas entre los herederos de doña Isabel de la Zarza.

2—Copias expedidas por el Juez Civil del Circuito de Garzón el 5 de febrero de 1951, de las diligencias de posesión ordenadas por el Marqués de Villar en providencia de 3 de abril de 1751, a favor de don Pablo de Herrera y Angulo, relacionada con las tierras de Chimba y Totumal. La respectiva diligencia de posesión se llevó a efecto por el Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná, don Agustín de Valderramiz, el 9 de julio del año últimamente expresado.

De acuerdo con esta copia, el título presentado por don Pablo de Herrera y Angulo en aquella oportunidad, fue la escritura de venta pasada ante el Escribano Público de la Villa de Timaná el 6 de julio de 1656, por medio de la cual don Ambrosio de Salazar vende al sargento mayor Juan de Palomino las tierras llamadas de Chimba y el potrero del Totumo.

Aparece también en la copia de que se trata esta certificación del Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná:

"....por su Majestad certifico en cuanto puedo y há lugar en derecho y a donde convenga: que habiéndome manifestado Dn Pablo de Herrera unos instrumentos de los títulos y amparos de las posesión que tiene de la Hacienda de Yaguilga en términos desta jurisdicción en la q.

comprehenden el citio de Chimba, los cuales están rotos y en partes inlegibles, y en una de ellas consta y aparece la del tenor siguiente. Un pedazo que linda con las del Capitán Franco. (está ilegible prosigue) Q. llaman (está ilegible) Y han a rematar en donde sierra el Valle A. Linda con las que posee Pedro de Montealegre, y pr. lo ancho, llebando por lado el dho. río de La Magdalena, y por el otro La Sierra y Montaña q. corre desde las cabeseras de dha. quebrada del Hígado, hasta el cerro alto q. está en frente de la Quebrada Honda, todo. el hueco q. ay debajo destos linderos en conformidad con los títulos. Todo lo cual consta y parece de dhos. instrumentos donde se sacó esta partida...."

Como puede verse fácilmente, estos linderos son exactamente los mismos que dió don Ambrosio de Salazar en su solicitud de composición.

3—Escritura sin número de la Notaría de Garzón, de 20 de noviembre de 1752, por la cual don Pablo Josef de Herrera y Angulo vendió al Pbro. Jorge de Valderrama y a Juan Antonio Navero "un potrero comunmente llamado Totumal, insertando las tierras qe. llaman el Potrerillo y un pedazo de potrero del Pedernal....que las compró en un cuerpo con las q. llaman Yaguilga y Buenavista en pública subastación y remate para pagar y satisfacción de los censos en ellas cargados....". Este título, de acuerdo con sus linderos, comprende las fincas hoy llamadas Comejenes, Betania, Catalán y parte de El Tabor. (fol. 157 del C. Nº 12).

4—En la escritura sin número de la Notaría de Garzón, que en primera copia expedida por el Notario de Garzón el 16 de septiembre de 1870 aparece al folio 92 del mismo cuaderno, figura en primer término la solicitud dirigida por Juan Joven de Losada al Alcalde Ordinario de Timaná en noviembre de 1752, para que "se sirva exitar en toda forma de derecho a todos los hijos i herederos de don Pablo de Herrera i Angulo, a quien le tengo compradas dichas haciendas (Yaguilga y Buenavista) i que con citación de los dichos se me otorguen las escrituras...."

De acuerdo con esta misma copia, la requerida escritura fue otorgada por el propio don Pablo Josef Herrera y Angulo ante el mismo Alcalde Ordinario de Timaná, don Andrés de Nermida y Sanmillán, el 23 de noviembre de 1752, "por si y a nombre de sus herederos i sucesores los que se hallan citados y de los demás que hubieren título y causa...."

5—Por medio de la escritura sin número que obra al fol. 88 del C. Nº 12) extendida ante el Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná el 3 de diciembre de 1771 a petición de don Josef Barreiro, se protocolizó "la declaración de las tierras que repartió entre sus hijos" el capitán don Juan Joven de Losada en unión de su esposa doña Juana Ledesma y Andrade, con fecha 1º de enero de 1770, en relación con las haciendas llamadas de Yaquilga y Buenavista. Los adjudicatarios en ese reparto fueron José, Jorge, Polo, Nicolás y María Gerónima Joven de Losada y Ledesma.

6—Según consta de la copia expedida el 10 de septiembre de 1808 por el Alcalde Ordinario de primer voto de la Villa de Timaná, don Miguel Jerónimo Calderón, a petición de José Antonio Barreiro, visible a folios 80 a 87 del cuaderno Nº 12, doña Gertrudis Fajardo, esposa de Nicolás Joven de Losada, solicitó en el año de 1764 al Alcalde Ordinario de Timaná, don Alejandro de Molina, le diese posesión de las tierras que le fueron adjudicadas a su esposo difunto de conformidad con lo reseñado en el punto anterior. La diligencia de posesión fue surtida el 11 de diciembre de 1764, en el sitio llamado La Cascajosa.

7—Escritura sin número, fechada en Garzón el 8 de julio de 1812, de la Notaría del mismo lugar, por medio de la cual Sebástián Rivera, Policarpo Losada, Eustaquio Losada, José Joaquín Tamayo, Bartolomé Sánchez, Gertrudis y Damiana Losada, ratifican la venta que desde el mes de noviembre de 1811 habían hecho a favor de José Antonio Barreiro, de todos sus derechos de tierra "en las denominadas del Callejón". (Fols. 75 a 79 del C. Nº 12).

8—Escritura sin número de 14 de octubre de 1831, otorgada ante el alcalde 2º de La Plata, por la cual se protocolizó el testamento otorgado por José Antonio Barreiro Losada (hijo de José Barreiro y Jerónimo Losada). Declara allí el testador ser dueño de derechos que heredó de sus padres en la hacienda de Buenavista y por herencia de su hermano Benito, y de otros derechos habidos por compra a Miguel Sierra, Eustaquio Losada y José Losada y Silva, en terrenos contiguos a Buenavista. (Fol. 25 del C. Nº 8).

9—Original de las diligencias sobre partición extrajudicial de los bienes sucesorales de José Antonio Barreiro, llevadas a cabo por los árbitros Joaquín Gómez Iriarte, Gregorio Tovar y Francisco A. Paredes en el año de 1832. Figuran como herederos Rosalía, Catarina y Diego José Barreiro, y Serafín Cuéllar. Los inventarios fueron elaborados por los árbitros con asistencia del Tesorero de Manumición. Entre los bienes raíces del causante que fueron inventariados y avaluados se cuentan: "Las tierras continentes en la hacienda llamada de Buenavista, y denominadas,

según sus sitios las de la Cascajosa, Las Peñas, las de la cerca de palos y Callejón, las de La Toma y Tierra Hueca, El Cerrito Tajado y las de La Palma....."; un "derecho de tierras qe. obtuvo en estas de Buenavista el fndo. Sr. José Antonio Barreiro por la final de sus padres y su hermano José Benito...." Consta que por circunstancias que allí se detallan, y por acuerdo de los beneficiarios, no se llevó a cabo por entonces la partición de los bienes relictos (Fols. 63 a 74 del C. Nº 12).

10—Escritura Nº 202 de la Notaría de La Plata, de 9 de octubre de 1866, por la cual se protocolizó el testamento otorgado por Serafín Cuéllar Barreiro. Allí declara éste por bienes suyos, entre otros, la hacienda de Buenavista "compuesta de la mitad de la casa de la hacienda, las tierras y una pequeña labranza"; "El Llano del Rodeo", "en las tierras del Callejón compradas a mi hermano Diego Cuéllar"; una hacienda de cacaotal ubicada en el punto El Palmar; y la hacienda también de cacaotal de Catalán, que había comprado a Magdalena Molina. (Fol. 1 del C. Nº 8).

11—Escritura Nº 16 de 18 de marzo de 1869, de la Notaría del Circuito de Garzón, por medio de la cual Rudecinda Barreiro de Cabrera vendió a José Antonio Barreiro Cuéllar un derecho de tierra en el globo proindiviso de Buenavista, que hubo el vendedor por herencia de su padre Luis Antonio Barreiro. (Fol. 42 del C. Nº 12).

12—Escritura Nº 64 de la Notaría de Garzón, de 19 de junio de 1869, por la cual se protocolizó el juicio sucesorio de Serafín Cuéllar Barreiro. Hijuelas de Natalia Cuéllar de Díaz (fl. 35 del C. Nº 12) y José Antonio, Matilde y Rosalía Barreiro Cuéllar (fol. 38 ibídem). A todos les correspondieron porciones indeterminadas en Buenavista.

13—Escritura sin número de la Notaría de Garzón, de 16 de septiembre de 1869, por la cual se hizo protocolización de la división material del globo común denominado 'El Callejón', 'Cerca de Palo', 'Peñas', 'Piñuelas', 'Cascajosa', 'Manzanillo y Cerrito Tajado', entre los comuneros Matilde y Rosalía Barreiro (herederas de Diego Barreiro), Zoilo, Epifanio y David Cuéllar y Natalia Cuéllar de Díaz (herederos de Serafín Cuéllar Barreiro). (Fol. 45 del cuaderno Nº 12).

14—Escritura Nº 47 otorgada ante el Secretario Municipal del Agrado (en funciones de Notario Público) el 28 de septiembre de 1869, por medio de la cual Francisca Palomino de Martínez cede en permuta a Matilde Barreiro "un pedazo proindiviso de terreno de valor de ochenta pesos en el globo común de las sabanas y montes del sitio de Buenavista", "pertenecientes a la mortuoria de señor Serafín Cuéllar Barreiro, y que adquirió la permutante de Martínez por compra a la heredera Cleofe Cuéllar. Matilde Barreiro dió en cambio "un pedazo de tierra sabanoso ubicado en el sitio de El Callejón", que hubo por herencia de su padre Diego Barreiro. (Fols. 30 a 34 del C. Nº 12).

15—Escritura Nº 90, otorgada ante el Secretario Municipal del Agrado el 1º de septiembre de 1870, por medio de la cual Natalia Cuéllar de Díaz vende un derecho de tierras en el globo de El Callejón, a Zoilo Cuéllar, derecho que la vendedora hubo por herencia de su padre Serafín Cuéllar Barreiro. (Fol. 27 del C. No. 12).

16—Escritura Nº 70 de 18 de diciembre de 1870, otorgada ante el Secretario Municipal de La Jagua (Notaría de Garzón), por medio de la cual Serafín Cuéllar vendió a Diego Cuéllar Barreiro un derecho de tierras en el globo de Buenavista, que el vendedor hubo en la sucesión de Serafín Cuéllar Barreiro, y éste como heredero de José Antonio Barreiro. (Fol. 25 del C. Nº 12).

17—Escritura Nº 27 de la Notaría del Agrado, de 5 de junio de 1870, por la cual José Antonio Barreiro Losada vendió a José Antonio Barreiro Cuéllar un derecho proindiviso en el globo común de Buenavista. El vendedor declara que tales derechos los hubo en la partición de bienes de la sucesión de su padre Luis Antonio Barreiro. (Fol. 14 del C. Nº 12).

18—Escritura Nº 3 de 2 de febrero de 1871, extendida por el Secretario Municipal de El Hato (hoy Tarqui), en la cual consta la venta que hizo Rafaela Cuéllar por medio de apoderado, a favor de José Antonio Barreiro Cuéllar, de un derecho de tierra en el globo de Buenavista, derecho que se le adjudicó en la mortuoria de Serafín Cuéllar Barreiro. (Fol. 21 del C. Nº 12).

19—Escritura Nº 35 de la Notaría del Agrado, fechada el 1º de julio de 1871, por medio de la cual la señora Cleofe Cuéllar de Barreiro vende a José Antonio Barreiro Cuéllar "un derecho proindiviso de valor de ciento veintisiete pesos cuarenta y cinco centavos en el globo de tierras comunes de las de Buenavista", que la vendedora adquirió por adjudicación en la sucesión de Serafín Cuéllar Barreiro. (Fol. 1 a 4 del C. Nº 12).

20—Escritura Nº 3 de la Notaría de Garzón, de fecha 10 de enero 1872, por la cual David Cuéllar vendió al Pbro. José M. Ortiz García el potrero La Cascajosa, que heredó de su padre Serafín Cuéllar. (Fol. 19 del C. Nº 12).

21—Escritura Nº 24 de la Notaría del Agrado; de fecha 12 de mayo de 1872, por la cual Higinio

Herrera vendió a Fernando Bautista y Juan Rivera Méndez un globo de tierra de sabana y montes en el sitio de El Callejón o Rodeo. Herrera declara que ese bien lo adquirió en permuta hecha con la señora Cleofe Cuéllar. (Fol. 9 del C. Nº 12).

22—Escritura Nº 136 de la Notaría de Garzón, fechada el 27 de septiembre de 1872, por medio de la cual José Antonio Barreiro Losada vende a José Antonio Barreiro Cuéllar un derecho de tierra de sabana y montes en el globo común de Buenavista, que el vendedor hubo en la partición de los bienes de su padre Luis Antonio Barreiro. (Fol. 16 del C. Nº 12).

23—Escritura Nº 59, extendida por el Secretario Municipal del Agrado, el 7 de noviembre de 1872, por medio de la cual consta la venta que hizo Fernando Bautista a Francisco Cabrera de "la parte del derecho de tierras que en junta del Sr. Juan Rivera Méndez le compraron al Sr. Higinio Herrera, el cual derecho de tierras proindiviso está comprendido en el globo común de tierras de sabana y montes en el sitio de El Callejón o Rodeo." (Fol. 7 del C. Nº 12).

24—Escritura Nº 68 de la misma Notaría del Agrado, fechada el 2 de diciembre de 1872, en la cual consta que el señor doctor León E. Díaz vendió a Juan Rivera Méndez, un derecho de tierras en el Llano del Rodeo, que está proindiviso con Francisco Cabrera y el mismo comprador Rivera. Este derecho lo hubo el Dr. Díaz por compra que de él hizo a Higinio Herrera. (Fol. 11 del C. Nº 12).

25—Escritura Nº 72 de la Notaría del Agrado, fechada el 26 de diciembre de 1872, por la cual Francisco Cabrera vendió a José Antonio Barreiro Cuéllar el derecho de tierras en las Ramadas del Callejón y Rodeo, que en unión de Juan Rivera Méndez y Fernando Bautista compró a Higinio Herrera. (Fol. 5 del C. Nº 12).

26—Escritura Nº 62 de la Notaría del Agrado, fechada el 2 de noviembre de 1878, por la cual Natalia Cuéllar vende a Rafael Díaz el globo de tierra denominado La Chivera o Callejón, que heredó de su padre Serafín Cuéllar. (Fol. 71 del C. Nº 11).

27—Escritura Nº 53 de la Notaría del Agrado, fechada el 24 de octubre de 1888, por la cual Francisco Antonio Barrera y Cleofe Cuéllar de Barrera venden a Rafael Díaz C. sus derechos en el terreno formado por los globos llamados "El Potrero", "La Pedregosa" y "Buenavista.". (Fol. 88 del C. Nº 11).

28—Escritura sin número que contiene el remate verificado el 9 de febrero de 1897, dentro del juicio propuesto por Cayetano Falla como apoderado de Emilia Durán C. para vender en pública subasta unos bienes raíces de sus menores hijos Elena y Epifanio Cuéllar, juicio seguido en el Juzgado del Circuito del Pital. El señor Rafael Díaz remató, y se le adjudicó, "un derecho en globo común de Buenavista, una labranza de Cacao en El Pedernal; Patrocinio Cuéllar remató, y se le adjudicó, un derecho primitivo en el globo de "Montañas de Buenavista"; y Bernardino Quintero obtuvo la adjudicación de un pedazo de tierra en el globo de El Callejón. (Fol. 74 del C. Nº 11).

29—Escritura Nº 147 (incompleta) de 4 de abril de 1904, pasada en la Notaría del Agrado, por la cual Marta Macías de Cuéllar, por medio de apoderado, vendió a Jesús Marchán la mitad del valor de tres derechos en el globo común de El Callejón, que le donó Jerónimo Macías, según escritura Nº 59 de 28 de julio de 1879 de la Notaría del Pital. (Fol. 256 del C. Nº 11).

30—Escritura Nº 148 de la Notaría del Agrado, de 5 de abril de 1904, por la cual José Antonio Cuéllar y Enriqueta Macías de Cuéllar venden a Jesús Marchán la otra mitad de los tres derechos donados por Jerónimo Macías.

31—Escritura Nº 111 de la Notaría del Agrado, de fecha 6 de abril de 1905, por la cual Montegranario Díaz vendió a Rafael Díaz C. un derecho proindiviso en Las Peñas y otro derecho en el globo común de Montañas de Buenavista. (Fol. 67 del C. Nº 11).

32—Escritura Nº 187 de la Notaría del Agrado, de 6 de noviembre de 1909, por la cual Juan Orozco vende a Pedro Sánchez un cacaotal y un potrero en El Callejón, que adquirió por compra a Bernardino Quintero e Indalecia Barrera. (Fol. 212 del C. Nº 11).

33—Escritura Nº 247 de la Notaría de La Plata, de 11 de diciembre de 1909, por la cual se hizo protocolización del juicio sucesorio de José Antonio Barreiro Cuéllar. Hijuela de los legatarios Josefina, Enrique, Mario, Lucrecia, Lucila, Paulo Emilio y Alberto Bueno, hijos de Paulo Emilio Bueno y Virginia Cabrera. A estos beneficiarios se les adjudicaron derechos en los adquiridos por el causante en el globo común de Buenavista y en otros inmuebles que no es del caso citar aquí. (Fol. 148 del C. Nº 11).

34—Escritura Nº 82 de la Notaría del Agrado, de 25 de abril de 1909, en la cual consta la venta que hizo Patrocinio Cuéllar Durán a Santos Herrera y Bernardino Palomino de la Finca llamada "Mesa del Pedernal", que el vendedor hubo en remate verificado en el Juzgado del Circuito

del Pital el 8 de febrero de 1897. (Fol. 275 del C. Nº 11).

35—Escritura Nº 31 de la Notaría del Agrado, de fecha 8 de febrero de 1911, por medio de la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de Higinio Herrera y Rosaura Cuéllar. En la partición de bienes se adjudicó a Serafina Herrera derechos en las tierras de Montañas de Buenavista, Pedernal, El Medio y La Compañía. (Fol. 125 del C. Nº 11).

36—Escritura Nº 101 de la Notaría del Agrado, de 14 de abril de 1911, por medio de la cual Andrés, Antonio, Ramona y Miguel Campos venden a Pedro Sánchez sus derechos en el globo de El Callejón, que les correspondió como herederos de Pedro Campos. (Fol. 210 del C. Nº 11).

37—Escritura Nº 200 de la Notaría del Agrado, de 30 de septiembre de 1911, por medio de la cual Serafina Herrera vendió a Rafael Díaz C. sus derechos en el predio de El Salado, y un lote en El Callejón. (Fol. 54 del C. Nº 11).

38—Por escritura Nº 225 de la Notaría del Agrado, fechada el 11 de noviembre de 1914, Manuel Santos Mesa vendió a Pedro Sánchez un lote de terreno de más de 9 hectáreas de extensión en el sitio de El Callejón, que hubo en la división material de este inmueble, practicada en noviembre de 1898. (Fol. 107 del C. Nº 11).

39—Escritura Nº 10 de 12 de enero de 1917, pasada en la Notaría del Agrado, por la cual se hizo protocolización del testamento de Serafina Herrera, en el cual instituye como su albacea a Oliverio Molina.

40—Escritura Nº 98 de 27 de mayo de 1917, de la Notaría del Agrado, por la cual Oliverio Molina, como albacea testamentario de Serafina Herrera vende a Agustín Valenciano los derechos que la testadora tenía en el globo común de "Montañas de Buenavista." (Fol. 120 del C. Nº 11)

41—Por escritura Nº 177 de 21 de septiembre de 1917, de la Notaría del Agrado, el Dr. Liborio Cuéllar Durán, por sí y en representación de Manuela Durán v. de Cuéllar, Zoilo, Federico, Manuel Antonio, Jorge y Alberto Cuéllar Durán; Dolores C. de Araújo, Fanny C. de Montaña y Alejandro Ucrós, vende a Santos Herrera los derechos que a los vendedores les correspondieron como herederos del Dr. Zoilo Cuéllar, en el globo de Buenavista y "Montañas de Buenavista". (Fol. 277 del C. Nº 11).

42—Escritura Nº 249 de 12 de octubre de 1918, pasada en la Notaría del Agrado, por medio de la cual Ismael Herrera vendió a Angel Vargas un derecho proindiviso en los terrenos de El Pedernal. (Fol. 283 del C. Nº 11)

43—Escritura Nº 240, fechada el 4 de abril de 1918, de la Notaría 5ª de Bogotá, por medio de la cual Manuela Durán v. de Cuéllar, el Dr. Liborio Cuéllar y otros presentaron para su protocolización el juicio sucesorio del Dr. Zoilo Cuéllar. Hijuela de deudas, adjudicada al heredero Liborio Cuéllar D.; se le adjudicaron en pago los terrenos de El Hueco (dentro del globo de Buenavista). (Fol. 153 del C. Nº 11).

44—Por escritura Nº 95 de la Notaría del Agrado, fechada el 1º de abril de 1920, Diego Barreiro vendió a Rafael Díaz C. las fincas de Las Peñas, Chivera, y Callejón. (Fol. 69 del C. Nº 11).

45—Por escritura Nº 417 de la Notaría de Garzón, de 25 de octubre de 1921, Agustín Valenciano vendió al Dr. Tulio Rubiano un derecho en el globo de Las Montañas de Buenavista, que el vendedor hubo por compra a Oliverio Molina, albacea de Serafina Herrera. (Folio 117 del C. número 11).

46—Por escritura Nº 209 de 14 de diciembre de 1921, de la Notaría del Agrado, los señores Joaquín, Pedro, Manuel A. y Rafael Díaz, María D. de Barreiro y Michela Díaz, vendieron a Fortunato Losada sus derechos en el globo de La Chivera y Callejón, que les correspondieron en la sucesión de su padre Rafael Díaz C. (Fol. 57 del C. Nº 11).

47—Por escritura Nº 271 de la Notaría del Agrado, fechada el 15 de diciembre de 1921, el Dr. Tulio Rubiano, en representación de Paulo Emilio Bueno, Virginia de Bueno y otros de una parte y Fortunato Losada y Santos Herrera de otra, deslindaron extrajudicialmente el globo de Buenavista con relación al lote de terreno adquirido por Herrera según escritura Nº 195 de 23 de noviembre de 1901 de la Notaría del Agrado. (Fol. 194 del C. Nº 11).

48—Por escritura Nº 39 de la Notaría del Agrado, de 3 de marzo de 1922, el señor Cruz Sierra vendió a Pedro Sánchez la finca del Callejón, que el vendedor adquirió de Segismundo Losada. (Fol. 208 del C. Nº 11).

49—Por medio de la escritura Nº 216 de 6 de junio de 1922 de la Notaría de Garzón, los señores Dr. Tulio Rubiano, Virginia C. de Bueno, Lucrecia y Lucila Bueno C. y Paulo Emilio Bueno C. (representado por el Dr. Rubiano), vendieron a Fortunato Losada los derechos que les correspondieron en la hacienda de Buenavista, en la partición de los bienes sucesorales de José Antonio Barreiro Cuéllar, y por permuta hecha con Josefina B. de Rubiano de su derecho en la misma sucesión. (Fol. 109 del C. Nº 11).

50—Copia autorizada del remate verificado en

el Juzgado 2º del Circuito de Garzón el 12 de agosto de 1922, de parte de los bienes que le correspondieron al menor Alberto Bueno C., entre ellos figuran la séptima parte de los que legó el señor José Antonio Barreiro a los hijos del Dr. Paulo Emilio Bueno en el globo común de Buenavista. Esta séptima parte le fue adjudicada en este remate a Fortunato Losada, así como también la séptima parte de los lotes de El Callejón y Pomo. (Fol. 174 del C. Nº 11).

51—Escritura Nº 188 de 26 de noviembre de 1922, de la Notaría del Agrado, por medio de la cual Joaquín Díaz J. ratifica la venta hecha por el Pbro. Jenaro Díaz J. a Fortunato Losada de sus derechos herenciales en "La Chivera, Callejón, La Paja y Palmichal y La Manga" de los González. (Fol. 53 del C. Nº 11).

52—Escritura Nº 209 de 18 de diciembre de 1922, de la Notaría del Agrado, por la cual Manuel Cuéllar Rojas, albacea de Jesús Marchán, vende a Jorge Cabrera la finca de El Callejón, que el testador Marchán hubo por compra a Martha Macías de Cuéllar y Enriqueta Macías de Losada (escritura Nos. 147 y 148 de 4 y 5 de abril de 1904). (Fol. 253 del C. Nº 11).

53—Por escritura Nº 70 de la Notaría del Agrado, de 30 de abril de 1923, fue protocolizado el juicio sucesorio de Basilia Correa de Vargas. Hijuela de Angel Vargas, a quien correspondió la finca de El Pedernal, la casa y potreros adyacentes a aquélla. (Fol. 243 del C. Nº 11).

54—Por escritura Nº 155 de la Notaría del Agrado, de 24 de agosto de 1923, se hizo protocolización del juicio sucesorio de Rafael Díaz C. Al folio 35 del C. Nº 11) se encuentra la hijuela de Micaela Díaz J.; al folio 39 la de Fortunato Losada en razón de los derechos adquiridos de varios de los herederos de dicha sucesión; y al folio 49 obran las hijuelas de Joaquín, Jenaro y Manuel A. Díaz J. A todos estos partícipes se les adjudicaron derechos en los lotes y potreros llamados Potrerillos, La Paja, Caparo y San Joaquín, y Guasimal. Al señor Losada se le adjudicó el lote de Las Peñas, Chivera y Callejón, y derechos en el globo de Buenavista. (Fols. 35, 39 y 49 del C. Nº 11). Y, por último, al folio 48 de este mismo cuaderno, está visible la copia de la diligencia de entrega hecha a Fortunato Losada de los lotes de Las Peñas, Chivera y Callejón.

55—Escritura Nº 76 de 16 de abril de 1924, de la Notaría del Agrado, en la cual consta la venta que Jorge Cabrera hizo a Manuel A. Cabrera R. de parte de la finca El Callejón que el vendedor hubo por compra a Manuel Cuéllar R., albacea testamentario de Jesús Marchán. (Fol. 251 del C. Nº 11).

56—Escritura Nº 160 de la Notaría del Agrado, fechada el 8 de julio de 1924, por la cual Guillermo Cuéllar C., como apoderado de Marco A. Cuéllar, vendió a Fortunato Losada un derecho que le correspondió al poderdante en el globo de Buenavista, como heredero de Patrocinio Cuéllar D. (Fol. 87 del C. Nº 11).

57—Escritura Nº 31 de 28 de marzo de 1925, de la Notaría del Agrado, por la cual Pedro Díaz y Manuel A. Díaz venden a Fortunato Losada el lote de La Paja, heredados de su padre Rafael Díaz C. (Fol. 33 del C. Nº 11).

58—Escritura Nº 174 de la Notaría del Agrado, fechada el 30 de junio de 1925, por la cual Manuel A. Díaz J. vendió a Fortunato Losada dos derechos en el potrero de Guasimal, otro en el Llano del Potrero y otro en El Salado, que hubo por herencia de su padre Rafael Díaz C. (Fol. 20 del C. Nº 11).

59—Escritura Nº 93 de la Notaría del Agrado, de 26 de abril de 1926, por la cual Pedro Sánchez vendió a Fortunato Losada el lote de El Callejón, que hubo por compra a Manuel S. Mesa (1914) y a Ramón E. Ramírez (1915). (Fol. 104 del C. Nº 11).

60—Escritura Nº 117 de la Notaría del Agrado, fechada el 20 de mayo de 1925, por la cual Manuel J. Barreiro y Micaela Díaz de Barreiro venden a Fortunato Losada sus derechos en el globo de Buenavista y en El Salado, que los vendedores adquirieron como herederos de Rafael Díaz C. y compra a Manuel Díaz J. (Folio 20 del C. Número 11).

61—Escritura Nº 1348 de la Notaría 6ª de Bogotá, de 14 de octubre de 1926, por la cual el Dr. Liborio Cuéllar D. ratifica la venta que hizo a Fortunato Losada en su propio nombre y en representación de Zoilo, Federico, Manuel Antonio, Jorge y Alberto Cuéllar D., Alejandro Uerós (por Delén Cuéllar D.) Julio Araújo (por su esposa Dolores Cuéllar D.), Elisen Montaña (por Fanny Cuéllar, su esposa), y Manuela D. v. de Cuéllar, de los derechos y acciones que les correspondieron en la sucesión del Dr. Zoilo Cuéllar D., vinculados a las tierras de Buenavista, Callejón, El Hueco y La Lomita (fol. 141 del C. Nº 11). El comprador Losada hizo constar la aceptación de dicha venta por medio de la escritura Nº 290 de la Notaría del Agrado, de 7 de diciembre de 1926. (Fol. 152 del mismo cuaderno.)

62—Escritura Nº 34 de 4 de febrero de 1927, de la Notaría del Agrado, por la cual Oliverio Molina, como albacea testamentario de Serafina Herrera, vendió a Angel Vargas un lote de terreno llamado "El Potrero." (Fol. 285 del C. Nº 11).

63—Escritura Nº 31 de la Notaría del Agrado,

de 2 de abril de 1927, por la cual Andrés Campos vendió a Angel Vargas la finca El Pedernal y un lote adyacente a aquélla, perteneciente al mismo globo. (Fol. 241 del C. Nº 11).

64—Escritura Nº 131 de la Notaría del Agrado, de 30 de mayo de 1927, por la cual Pedro Sánchez vendió a Justo Mesa las fincas denominadas Paismuerto y Callejón, que el vendedor dice adquirió, la primera, por adjudicación en la partición que consta en la escritura Nº 33 de 1º de octubre de 1920 de la misma Notaría, y la segunda, por compra a Juan Orozco, Andrés, Tomás, Antonio, Ramona y Micaela Campos y Cruz Sierra. (Fol. 201 del C. Nº 11)

65—Escritura Nº 37 de la Notaría del Agrado, de 13 de febrero de 1928, por la cual Diego y Manuel J. Barreiro, Joaquín, Pedro, Jenaro, Rafael y Manuel A. Díaz y María y Micaela Díaz venden a Fortunato Losada sus derechos herenciales en la hacienda El Callejón (Fol. 17 del C. Número 11).

66—Escritura Nº 142 de la Notaría del Agrado, de 12 de mayo de 1928, por medio de la cual se protocolizó el juicio sucesorio de Santos Herrera. Hijuelas formadas a Antonio María y María del Carmen Bravo; al primero se le adjudicó el lote de "Mesa de Pedernal" que el causante compró a Patrocinio Cuéllar D. y una labranza de cacao a orillas de la quebrada de Buenavista; y a la segunda un lote a orillas de la misma quebrada y otro llamado Sepulturas, en el sitio de Pedernal. (Fol. 265 del C. Nº 11).

67—Escritura Nº 241 de 6 de octubre de 1928 de la Notaría del Agrado, por medio de la cual el Pbro. Jenaro Díaz J. vende a Celiano Amaya el predio rústico de La Cascajosa y San Joaquín que le fue adjudicado en la sucesión de su padre Rafael Cabrera C. (Fol. 293 del C. Nº 11).

68—Escritura Nº 132 de la Notaría del Agrado, de 15 de julio de 1929, por la cual Angel Vargas vendió a Antonio Herrera el lote de El Salado que compró a Oliverio Molina e Ismael Herrera. (Fol. 281 del C. Nº 11).

69—Por escritura Nº 140 de 29 de julio de 1929, de la misma Notaría, Antonio Herrera vendió a Nicasio Leiva un lote en la Mesa del Pedernal que en mayor extensión se le adjudicó en la sucesión de Santos Herrera y Mercedes Toledo. (Fol. 272 del C. Nº 11).

70—Escritura Nº 155 de 12 de julio de 1930, de la Notaría del Agrado, por la cual Fortunato Losada vendió a la señorita Clemencia Cabrera las haciendas de Buenavista, El Hueco, El Callejón y Buenavista o Buenos Aires. (Fol 12 del C. Nº 11).

71—Acta del remate verificado en el Juzgado del Circuito de Garzón el 9 de abril de 1932, de los lotes y potreros ubicados en la margen derecha de la quebrada de Buenaviste, llamados Sepultura y El Palmo. Fueron adjudicados en su totalidad a Fortunato Losada. Estos inmuebles fueron subastados como de propiedad de la menor María del Carmen Bravo. (Fol. 262 del C. Número 11).

72—Escritura Nº 81 de la Notaría de Garzón, de 2 de abril de 1933, por la cual Angel Vargas vendió a Drigelio Penagos la finca El Pedernal y un lotecito adyacente. (Fol. 231 del C. Nº 11).

73—Escritura Nº 204 de la Notaría de Garzón, de 21 de julio de 1933, por la cual Drigelio Penagos vendió a Fortunato Losada las propiedades mencionadas en el punto anterior. (Fol. 231 del C. Nº 11).

74—Escritura Nº 126 de 7 de agosto de 1933, de la Notaría del Agrado, por la cual Nicasio Leiva y María Lidia Polanco vendieron a Fortunato Losada el lote de La Mesa del Pedernal. (Fol. 289 del C. Nº 11).

75—Sentencia del Juez del Circuito del Agrado, de 9 de diciembre de 1936, en la cual se declaró que pertenece a la comunidad del globo de Buenavista un lote o zona de terreno situado en la parte montañosa del mismo globo general, sobre el lindero suroeste de dicha comunidad. La sentencia fue dictada en juicio reivindicatorio propuesto por Fortunato Losada y otros contra Manuel Cuéllar R. (Fol. 295 del C. Nº 11).

76—Escritura No. 174 de la Notaría del Agrado, de 6 de septiembre de 1937, por medio de la cual Celiano Amaya vendió a Samuel Méndez los predios de La Cascajosa, y San Joaquín, que compró al Pbro. Jenaro Díaz J. (Fol. 290 del C. Nº 11).

77—Escritura Nº 233 de la Notaría del Agrado, de 14 de diciembre de 1937, por la cual Samuel Méndez vendió a Fortunato Losada un derecho que tenía en el predio de La Cascajosa y San Joaquín, contiguo a la Mesa del Pedernal, que hubo por compra a Celiano Amaya. (Fol. 287 del C. Nº 11).

78—Escritura Nº 137 de la Notaría del Agrado, de 3 de octubre de 1938, por la cual Manuel A. Cabrera R. vendió a Fortunato Losada la finca El Callejón. El vendedor declara que hubo por compra a Jorge Cabrera. (Fol. 248 del C. Nº 11).

79—Escritura Nº 81 de la Notaría del Agrado, de 24 de agosto de 1940, por la cual Ramón y Guillermo Sánchez vendieron a Clemencia C. v. de Losada un lote de terreno situado en El Ca-

llejón. Los vendedores hubieron por compra a Pedro Sánchez. (Fol. 202 del C. Nº 11).

80—Escritura Nº 44 de la Notaría de Garzón, de 4 de febrero de 1941, por la cual Ramón y Guillermo Sánchez vendieron a Clemencia C. v. de Losada otro lote de terreno en El Callejón. (Fol. 199 del C. Nº 11).

81—Escritura Nº 173 de la Notaría del Agrado, de 1º de diciembre de 1943, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Fortunato Losada. Hijuela de la cónyuge Clemencia v. de Losada. Se le adjudicaron los siguientes inmuebles que dicen relación con este juicio: La finca El Callejón, El Limón, el Pedernal, Mesa del Pedernal y potrero de Caparrosa. (Fol. 214 del C. Número 11).

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Garzón, de 28 de febrero de 1951, acredita plenamene el dominio actual de la opositora señora Clemencia C. v. de Losada sobre la hacienda de Buenavista y El Hueco "formada por la hacienda y comunidad del mismo nombre", y los potreros y lotes de El Hueco, Callejón, Pomo, La Chivera, Potrero de Las Peñas, Palmichal, Potrero de la Paja, Manga de los González, El Palmo, El Limón, El Pedernal, La Mesa del Pedernal y La Caparrosa, de la jurisdicción del Municipio del Agrado.

Títulos de Comejenes, Zabaleta, Betania, Catalán, Taber, Hueso y Raspayuco.

En el cuaderno Nº 12 se encuentran los siguientes:

1—Según escritura sin número de la Notaría de Garzón, don Juan de Palomino y Salazar, con fecha 7 de octubre de 1704, hizo cesión gratuita a la esclava liberta Teodora Santander de un pedazo de tierra "que tengo en el sitio de Potrerillo, el cual está a un lado del cuerpo principal del derecho de tierras que tengo y poseo en el sitio de Chimba y Buenavista en jurisdicción de la Villa de Timaná." (Fol. 151).

2—El capitán Gregorio de Hospina y Losada, mediante poder que le confirió Teodora Santander, vendió a Antonio de Herrera el 9 de mayo de 1711, las tierras que donó a su poderdante Juan de Palomino y Salazar. Así consta en la escritura sin número, que aparece inserta en el título anterior.

3—Por escritura sin número de 30 de noviembre de 1752, custodiada en la Notaría de Garzón, Pablo de Herrera vendió al Pbro. Dr. Jorge de Valderrama y a Juan Antonio Navero el potrero de El Totumal, con el Potrerillo y un pedazo de El Pedernal. Allí se hizo el reconocimiento de una capellanía de legos que pesaba de tiempo atrás sobre dichas tierras. Esta capellanía fue reconocida expresamente por el comprador Dr. de Valderrama según escritura sin número de 24 de noviembre de 1752, otorgada en El Pital y custodiada en la Notaría de Garzón. (Fols. 157 y 155).

4—Testimonio de la causa mortuoria del Dr. Jorge de Valderrama, según copia expedida de este título por el Notario de Garzón. Los inventarios fueron elaborados por los albaceas testamentarios con intervención del Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná, en el mes de septiembre de 1770. Allí figuran como bienes del causante las tierras del Totumal "las cuales lindan por la parte de arriba con tierras de Dn. Jph Barreyro y Dn. Pedro de Casanova, y por la parte de avaxo con las que posee Gregorio de Orozco... incluiéndose en éstas un pedazo sobre que están fundados quinientos ps. de capellanía de los curas de el pueblo del Pital sitas en las nombradas de la Turvia...." (Fol. 130).

5—Escritura sin número, otorgada ante el Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná el 16 de octubre de 1779, custodiada en la Notaría de Garzón, por la cual Juan Antonio Navero vende a su cuñado Dr. Jorge de Valderrama la "Hzda" que tiene y posee en esta jurisdicción en el citio que comunmente llaman de el Totumal, qe. se compone de la mitad de las tierras de dho. sitio, las cuales le pertenecen por compra que en un cuerpo hizieron de todas ellas, con el dho. Dr. Dn. Jorge de Balderrama a don Pablo de Herrera y Angulo...." (Fo. 148).

6—Juicio de sucesión de Alejandro de Molina adelantado y concluído por el Alcalde Ordinario de Timaná, en el año de 1784. En los inventarios, iniciados en febrero de dicho año, figura como perteneciente a dicha sucesión el globo de "las tierras del Totúmal cuyos linderos de todas las dichas tierras constan por los documentos a que éllas pertenecen; esto es, por estar unidas con Chimba y Buenavistica; y Buenavista de confirante por el un lado de arriba y por el otro con el Callejón; por el un costado con Garañón, por el pié con Chimba de Orozco y por el otro costado con Jerusalén del Aguacatal, Buenavistica de Losada hasta Buenavista el primero que se relaciona que es el de don Josef Barreyro...." (Fol. 126).

7—Copias expedidas por el Juzgado Civil del Circuito de Garzón de las diligencias sobre partición de los bienes sucesorales de don Alejandro de Molina, adelantadas en la Alcaldía de la Villa de Timaná a petición de Nicolás de Cabrera. Por

auto de 3 de junio de 1797 se dispuso llevar a efecto la citada partición, se previene el nombramiento de curador de los herederos menores de edad y acerca de la representación de una capellanía de 1.400 pesos fundada sobre las tierras de Totumal "que hoy goza don Agustín de Errera". Esta copia fue "tomada del expediente de División de las tierras del Totumal entre los herederos de don Alejandro de Molina" que reposa en el archivo del expresado Juzgado. (Fol. 119).

8—En el mes de diciembre de 1797, a virtud del pedimento a que se alude en el punto anterior, se practicó por medio de expertos la partición de las tierras del Totumal, figurando como partícipes en ella Pedro José (quien había traspasado sus derechos a Cecilio Rivera), Mateo, María Rosa, María Francisca, María Magdalena y Teresa Molina, y doña Francisca Navero y Valderrama viuda de don Alejandro de Molina.

9—Posteriormente, —según copia expedida por el Notario de Garzón de este título—, en el mes de marzo de 1791, se hizo por don Pedro Josef Navarro, abogado de la Real Audiencia, una nueva división de los bienes sucesorales de don Alejandro de Molina. Se formaron las hijuelas entre los mismos causahabientes, y se hizo de igual modo el reconocimiento de las capellanías o patronatos que pesaban sobre las tierras del Totumal, del siguiente modo: Capellanía de mil veintinueve pesos fundada por el Dr. Jorge de Valderrama a favor de su sobrina Francisca Navero y su descendencia, un derecho de un valor igual, en lo mejor de las tierras del Totumal; capellanía de 1.400.00 pesos del patrimonio de Legos, un derecho equivalente en las mismas tierras; y la capellanía del Dr. Pedro Ruiz, de 2.000.00 pesos, un derecho por el mismo valor en el cacagual de la misma hacienda. A la viuda Francisca Navero de Molina, un derecho de un valor total de quince mil quinientos cincuenta y tres pesos en las mismas tierras del Totumal; a Pedro José Molina un derecho de cien pesos en Potrerillo y otro de igual valor en Totumal; a María Rosa Molina un derecho de 199 pesos 4 reales en el globo de Totumal; a Magdalena Molina un derecho de 50 pesos en las mismas tierras; a Mateo Molina otro derecho de 204 pesos en la misma propiedad; a María Teresa Molina, un derecho de 214 pesos en el mismo globo de tierra y a María Francisca Molina un derecho de 226 pesos en la misma hacienda. (Fol. 122).

10—Por escritura sin número de la Notaría de Garzón, otorgada ante el Alcalde Ordinario de primer voto de Timaná el 24 de julio de 1797, don Nicolás de Cabrera, "marido y conjunta persona de doña María Francisca Navero, heredera universal del Dr. Jorge de Balderrama Pbro. defunto....", reconoce una capellanía fundada sobre las tierras de Totumal por don Mauricio de Valderrama en el año de 1737. (Fol. 115).

11—Según consta de los documentos protocolizados en la escritura Nº 173 de la Notaría del Agrado, de fecha 7 de julio de 1913, don Nicolás de Cabrera vendió a Manuel Agustín Barreiro, con fecha 7 de octubre de 1804, un "pedazo de tierras nombradas Las Flores, Potrerillos y Alto de Buenavista, las mismas que había comprado el Dr. Jorge de Valderrama a Dn. Pablo de Herrera." (Fol. 103).

12—En el mes de noviembre de 1822, según originales que reposan en la Notaría del Agrado, se hizo declaración de la partición extrajudicial y amigable que hicieron todos los herederos de doña María Francisca Navero y Valderrama, esposa que fue de don Alejandro Molina, y en segundas nupcias de don Nicolás de Cabrera. Los partícipes en esta partición fueron: El Pbro. D. Pedro José Molina, María Magdalena y María Teresa Molina; Mariano Buendía en representación de los derechos de su finada esposa María Francisca Molina; Pedro Ignacio Tovar, en representación de los derechos de su esposa María Rosa Molina; y María Luisa Cabrera, hija del segundo matrimonio de la causante. A cada uno de estos partícipes se les adjudicaron lotes determinados, cuya alindación fue hecha en la división material de las tierras del Totumal, verificada previamente. (Causa mortuoria de doña Francisca Navero, fol. 108).

13—De acuerdo con otro de los documentos traslaticios protocolizados en la escritura pública número 173 de que trata el punto 11 anterior, Fidel Falla vendió a Diego Cuéllar el potrero llamado Las Flores y La Loma, que hizo parte de la hacienda de Totumal. La transacción fue hecha el 3 de agosto de 1846.

14—En la misma escritura Nº 173 que se acaba de citar, aparecen insertados otros dos documentos de venta, así: El fechado en el Agrado el 3 de agosto de 1846, por el cual Fidel Falla vendió a Diego Cuéllar un derecho en la sucesión de José María Falla, derecho vinculado en el potrero de Las Flores o Loma de Joven; y el último, o sea el cuarto de dicha protocolización, fechado en febrero de 1848, por medio del cual Cenón Falla declara haber vendido a Diego Cuéllar sus derechos de tierra en el mismo potrero de Las Flores, que hubo en la sucesión de sus padres José María Falla y Liberata Barreiro.

15—Escritura Nº 18 de la extinguida Notaría

del Pital, fechada el 25 de febrero de 1867, por la cual Miguel Borda vende a Bárbara Sánchez la hacienda denominada La Turbia, que el comprador dice adquirió de Nicolás Cuéllar por venta que le hizo según escritura Nº 89 de 20 de agosto de 1859. (Fol. 151).

16—Escritura Nº 84 de la misma Notaría, de 10 de julio de 1868, por la cual Bárbara Sánchez vendió a su hijo Lorenzo Niño la mitad de la finca que adquirió en la forma expresada en el punto anterior. (Fol. 149 del C. Nº 9).

17—Escritura Nº 48 de 28 de agosto de 1871, de la Notaría del Agrado, por la cual Angel Sánchez vende a Buenaventura Tovar una posesión de campo compuesta de casa y labranza de cacao en el punto llamado Comejenes. (Fol 131 del C. Nº 10).

18—Escritura Nº 366 de la Notaría de Garzón, de 23 de marzo de 1875, por la cual Bárbara Sánchez y Lorenzo Niño venden al Dr. Zoilo Cuéllar la hacienda de La Turbia, adquirida por ellos en la forma descrita en los puntos 15 y 16 que anteceden. (Fol. 139 del C. Nº 9).

19—Escritura Nº 519 de la Notaría del Agrado, fechada el 21 de noviembre de 1875, por la cual Epifanio Cuéllar vendió a Zoilo Cuéllar el potrero de Salvajino, en el punto de Granadillas. (Fol. 143 del C. Nº 9).

20—Escritura Nº 62 de la Notaría del Agrado, de 24 de septiembre de 1875, por la cual Salvador Cuéllar y María del Rosario Calderón de Cuéllar vendieron a Jesús Marchán un pedazo de tierra en el punto de Comejenes, que la vendedora Calderón hubo por herencia de su primer esposo Miguel Díaz. (Fol. 127 del C. Nº 10).

21—Escritura Nº 519 de la Notaría de Garzón, de 21 de noviembre de 1875, por la cual Epifanio Cuéllar vendió al Dr. Zoilo Cuéllar el potrero llamado Salvajino. (Fol. 145 del C. Nº 9).

22—Escritura Nº 518 de la Notaría de Garzón, fechada el 21 de noviembre de 1875, por la cual Diego Cuéllar vendió a sus hijos Zoilo y Epifanio Cuéllar los siguientes inmuebles: a Epifanio, los potreros de Salvajino, Yesal, Zorochal y el "de la Casa"; sus derechos en el Pedernal, la mitad de los terrenos de Buenavista y Chaparro, en comunidad con el comprador respecto de la otra mitad; y a Zoilo, sus derechos en Chimba, la mitad de los terrenos de Buenavista y Chaparro, en común por iguales partes con Epifanio; los potreros Punta de la Loma, Loma de Joven y Potreroviejo de Afuera, situado éste en el globo de Las Flores. (Fol. 145 del C. Nº 9).

23—Escritura Nº 54 de 5 de marzo de 1878, de la Notaría del Gigante, por medio de la cual Buenaventura Cháux vendió a Manuel Cuéllar un derecho indiviso en los terrenos de Las Minas que compró a José Antonio Barreiro Losada y a José M. Suárez. (Fol. 219 del C. Nº 10).

24—Escritura Nº 152 de la Notaría del Gigante, de 20 de agosto de 1878, por la cual Bárbara Sánchez y Lorenzo Niño venden al Dr. Zoilo Cuéllar la hacienda de La Turbia, y un potrero en el globo de Potrerillos. (Fol 136 del C. Nº 9).

25—Escritura Nº 300 de la Notaría del Gigante, de 20 de marzo de 1879, por la cual Elías Díaz vendió a su hermano Miguel los terrenos de Comejenes, excluyendo un derecho de Ramón Tamayo. (Fol. 134 del C. Nº 9).

26—Escritura Nº 218 de la Notaría de Garzón, de 28 de marzo de 1879, por la cual Buenaventura Cháux vendió a Jesús Marchán "un pedazo de terreno cultivado de cacao y una manga, en el sitio del Totumal. Cháux declara que ese terreno lo adquirió por compra a Vicente Méndez, Juan Toledo y Candelaria Cháux. (Fol. 135 del C. Número 9).

27—Por escritura Nº 113 de la Notaría del Agrado, de 5 de octubre de 1879, el Dr. Zoilo Cuéllar vendió a Manuel Cuéllar el potrero denominado La Pedregosa o Potrerillos, que el vendedor hubo por compra a Lorenzo Niño. (Fol. 217 del C. Número 10).

28—Escritura Nº 345 de la Notaría del Gigante, de 14 de junio de 1881, por la cual María del Rosario C. de Cuéllar, esposa de Salvador Cuéllar, hace entrega a sus hijos del primer matrimonio con Miguel Díaz (Enriqueta, Emilia, Cecilia, Ovelisa y Clementina Díaz) de sus derechos de tierra en el sitio de Comejenes. (Fol. 123 del C. Nº 9).

29—Escritura Nº 348 de la Notaría del Gigante de 20 de junio de 1881, por la cual Ramón Niño vendió al Dr. Zoilo Cuéllar todos sus derechos y acciones en los predios de Chimba y La Turbia, fincas vendidas por la madre del vendedor, Bárbara Sánchez, al expresado doctor Cuéllar. (Fol. 126 del C. Nº 9).

30—Escritura Nº 48 de la Notaría del Agrado, de 1º de octubre de 1881, por la cual Joaquín Durán vendió a Jesús Marchán un derecho de tierra en el sitio de Comejenes, que adquirió de María del Rosario Calderón. (Fol. 128 del C. Nº 9)

31—Escritura Nº 489 de la Notaría del Gigante, fechada el 17 de diciembre de 1881, por la cual Clemencia Díaz de Trujillo, Celia Díaz de Sánchez, Ovelisa Díaz de Díez, y Enriqueta Díaz venden a Manuel Lara S. sus derechos de tierra en Comejenes, que hubieron en la sucesión de su padre Miguel Díaz. (Fol. 130 del C. Nº 9).

32—Escritura Nº 606 de la Notaría del Gigante,

de 3 de diciembre de 1883, por la cual Jesús Marchán vendió a Manuel Lara un pedazo de tierra con cultivos de cacao y una manga, en el sitio de Mesitas del Totumal, y otro derecho en el sitio de Comejenes. (Fol. 121 del C. Nº 9).

33—Escritura Nº 115 de la Notaría del Gigante, de 6 de mayo de 1834, por la cual Zoilo y Epifanio Cuéllar hacen permuta de los siguientes derechos de tierra: Zoilo traspasa a Epifanio la hacienda del Pedernal, cacaotal y pastos etc. que hubo por compra a Félix Ricaurte (escritura Nº 979 de la Notaría 2ª de Bogotá de 9 de mayo de 1864, un derecho en al sucesión de Serafín Cuéllar en el globo común de Buenavista, derecho que hubo por compra hecha con el permutante Epifanio Cuéllar, a su padre Diego Cuéllar B. (escritura Nº 518 de 21 de noviembre de 1865); y otros derechos en los terrenos del Pedernal que compró a Julián Vargas (escritura Nº 26 de 23 de mayo de 1863 otorgada en Prado). Epifanio cede a Zoilo sus derechos en la hacienda del Palmar, el potrero del Yesal, un derecho en el Piñuelo, y el potrero de Las Flores, que compró a su padre Diego Cuéllar (escritura Nº 518 de 21 de noviembre de 1865.) (Fol. 117 del C. Nº 9).

34—Escritura Nº 168 de 7 de junio de 1893, de la Notaría del Pital, por la cual fué protocolizado el juicio sucesorio de Manuel Lara. Hijuela de deudas, para la cual se destinó el potrero de La Mosca. (Fol. 112 del C. Nº 10).

35—Al folio 95 de este mismo cuaderno, se encuentra la hijuela de Tulia Lara al folio 100 la de Sofía Lara, al folio 105 la de Amalia Lara, al folio 110 la hijuela de Olegario Lara, al folio 115 la hijuela de Elciario Lara y al folio 120 la de Pío Lara, formadas todas en la partición de los bienes sucesorales de Manuel Lara. A cada uno de estos herederos se adjudicaron derechos en los potreros de Comejenes, Aguadas y La Cuchilla.

36—Escritura Nº 317 de la Notaría del Pital, de 22 de octubre de 1894, por medio de la cual Jesús Marchán vendió a Eloisa Díaz v. de Lara una porción de terreno en Comejenes, que el vendedor hubo por compra a Salvador Cuéllar y María del Rosario Calderón. (Fol. 92 del C. Nº 10)

37—Escritura Nº 352 de la Notaría del Pital, de 23 de noviembre de 1894, por la cual Ramona Tamayo vendió a Filemón Tamayo sus derechos y acciones que le hubieron de corresponder en los bienes sucesorales de su esposo Buenaventura Tovar, consistentes esos bienes principalmente en las fincas raíces situadas en el Municipio del Agrado. (Fol. 80 del C. Nº 10).

38—Escritura Nº 3 de la Notaría del Pital, de 5 de enero de 1896 por la cual Ramón Scarpetta vendió a Manuel Cuéllar R. dos derechos en los predios de Las Flores, en comunidad con Zoilo Cuéllar, Teófilo Losada, Emilia y Enriqueta Losada. Tales derechos los hubo el vendedor por compra a Nepomuceno Bonelo y Joaquín M. Losada. (Fol. 215 del C. Nº 10).

39—Escritura Nº 26 de la Notaría del Pital, de 3 de febrero de 1896, por la cual Valeriano Losada vende a Manuel Cuéllar Rojas un derecho de tierra en la comunidad de las de Las Flores, derechos que hubo como heredero de Benjamín Falla. (Escritura Nº 94 de febrero de 1894 de la Notaría del Pital).

40—Escritura Nº 204 de la Notaría del Pital, de fecha 3 de agosto de 1896, por la cual Manuel Cuéllar R., Florencio Rojas y Griselda Cuéllar R. permutan los siguientes inmuebles: Florencia cede a Manuel y Griselda Cuéllar un derecho de labranza de cacao en el punto de Catalán y un derecho de tierra en el mismo lugar, derechos que hubo como heredera de su hijo Epaminondas Cuéllar; y los permutantes Manuel y Griselda transfieren en cambio un cacaotal en el punto del Saladito, y otros inmuebles que no es del caso citar. (Fol. 178 del C. Nº 10).

41—Escritura Nº 207 de 4 de agosto de 1896 de la Notaría del Pital, por la cual Florencia Rojas vendió a Manuel y Griselda Cuéllar la finca de Catalán con labranzas de cacao y el terreno denominado Minas y Mesa de Potrerillo, bienes que la vendedora hubo por herencia de su hijo Epaminondas Cuéllar. (Fol. 174 del C. Nº 10).

42—Escritura Nº 111, de la misma Notaría, de 28 de febrero de 1897, por la cual Eloísa Díaz de Lara y sus hijos Tulia, Amalia, Elciario, Olegario y Pío Lara, adjudicatarios de derechos en la hacienda de Comejenes en su carácter de herederos de Manuel Lara, hacen aclaración de los linderos consignados en la escritura Nº 271 de 29 de abril de 1893, por la cual la primera de los otorgantes vendió a Zoilo Cuéllar el potrero llamado La Mosca. (Fol. 112 del C. Nº 9).

43—Escritura Nº 184 de la Notaría del Pital, de 21 de mayo de 1897, por la cual Eloísa D. v. de Lara, Amalia, Tulia, Elciario, Olegario y Pío Lara venden a José Antonio Barreiro Cuéllar la hacienda de Comejenes, con cuatro potreros, ménos el llamado La Mosca, vendido al Dr. Zoilo Cuéllar. Elvira de Lara vende también otro lote de terreno en Comejenes, que hubo por compra a Jesús Marchán y por herencia de su hija Sofía Lara Díaz, quien a su turno hubo por herencia de su padre Manuel Lara S. (Fol. 86 del C. Nº 10)

44—Escritura Nº 410 de la Notaría del Agrado,

de 9 de noviembre de 1904, por la cual Filemón Tamayo vendió a José Antonio Barreiro los derechos que le correspondieron a su legítima esposa Ramona Tamayo en la sucesión de Buenaventura Tovar, derechos vinculados a la hacienda de Comejenes. (Fol. 82 del C. Nº 10).

45—Escritura Nº 110 de 6 de abril de 1905, de la Notaría del Agrado, por la cual Isabel Tovar de Díaz vendió a José Antonio Barreiro C. sus derechos en la sucesión de Buenaventura Tovar y Ramona Tamayo, en particular el derecho vinculado a la finca de Comejenes. (Fol. 78 del C. Nº 10).

46—Escritura Nº 362 de la Notaría del Agrado, de 12 de diciembre de 1905, por la cual Pedro Sánchez vendió a Rafael Díaz C. el potrero de El Palmo, en el sitio de Potrerillos. (Fol. 248 del C. Nº 10).

47—Escritura Nº 121 de la Notaría del Agrado, de 16 de julio de 1908, por la cual Pedro Sánchez S., Cruz Sierra, y María E. Castro venden a Manuel Cuéllar R.: Sánchez, seis derechos en el potrero de El Hueco y una porción de terreno dentro de la finca de Potrerillos; Sierra, sus derechos herenciales en la sucesión de su hijo Ramón Sánchez Sierra, limitados a lo que le corresponde en Potrerillos; y la Castro, un derecho indiviso en el potrero de El Hueco. (Fol. 232 del C. Nº 10)

48—Por escritura Nº 166 de la misma Notaría, de 20 de junio de 1908, Pedro Quintero Benavides vendió a Manuel Cuéllar R. una porción de terreno en el punto de Potrerillos, que hubo por compra a Antonio Tamayo (escritura de 10 de noviembre de 1894, de la Notaría del Pital). (Fol. 250 del C. Nº 10).

49—Escritura Nº 247 de 11 de diciembre de 1909, de la Notaría de La Plata, por la cual se hizo protocolización del juicio sucesorio de José Antonio Barreiro Cuéllar. Este instituyó como su universal heredero y albacea con tenencia de bienes al señor Paulo Emilio Bueno. De acuerdo con la partición respectiva, al señor Bueno le correspondieron derechos en el globo de El Callejón, en la hacienda de Totumal, y la hacienda de Comejenes. (Fol. 56 del C. Nº 10).

50—Escritura Nº 31 de la Notaría del Agrado, de 8 de febrero de 1911, por la cual se hizo protocolización del juicio de sucesión de Higinio Herrera. Hijuela de José M. Herrera, a quien se adjudicó, entre otros bienes, al potrero de Zabaleta con inclusión del lote denominado Punta del Llano del Pedernal. (Fol. 152 del C. Nº 10).

51—Escritura Nº 2.333 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 20 de noviembre de 1912, por la cual se hizo protocolización del juicio de sucesión de Paulo Emilio Bueno. Hijuelas de Josefina Bueno de Rubiano, Enrique, Mario, Lucrecia, Paulo Emilio y Alberto Bueno. A cada uno de estos partícipes se adjudicó una séptima parte de la finca Comejenes. (Fol. 48 del C. Nº 10).

52—Escritura Nº 1.523 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 13 de septiembre de 1918, por la cual fue protocolizado el juicio sucesorio de Mario Bueno C. Hijuela de Virginia C. de Bueno, a quien se adjudicó, entre otros bienes, la séptima parte de la finca de Comejenes, otra séptima parte en Totumal y la parte que al extinto le correspondió en el legado que le hiciera José Antonio Barreiro en el globo de Buenavista. (Fol. 36 del C. Nº 10).

53—Escritura Nº 234 de 28 de septiembre de 1918 pasada en la Notaría del Agrado, por la cual Manuel Cuéllar R. permutó con Julio, Sinforosa, Ignacia, Natalia y Emilia Cuéllar unos bienes raíces, adquiriendo así varios derechos en la sucesión de Florencia Rojas de Cuéllar, vinculados a fincas ubicadas en jurisdicción del municipio del Agrado. (Fol. 172 del C. Nº 10).

54—Escritura Nº 533 de la Notaría de Garzón, de 4 de abril de 1918, por la cual fue protocolizado el juicio de sucesión del Dr. Zoilo Cuéllar. Hijuelas de Federico, Alberto, Jorge, Manuel Antonio y Liborio Cuéllar D. A estos beneficiarios se adjudicaron derechos vinculados a las fincas de El Tabor, Buenavista, Montañas de Buenavista y Chimba. (Fols. 56, 63, 72, 81, 87 y 100 del C. Número 9).

55—Escritura Nº 533 de la Notaría de Garzón, de 7 de noviembre de 1919, por medio de la cual Enrique Bueno C. vendió a su madre Virginia C. de Bueno la séptima parte de las fincas de Comejenes y Totumal, que le correspondió en la partición de los bienes sucesorales de su padre Paulo E. Bueno. (Fol. 27 del C. Nº 10).

56—Escritura Nº 102 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 6 de febrero de 1920, por la cual Manuel Antonio y Alberto Cuéllar D. venden a Liborio, Federico y Jorge Cuéllar D. sus derechos en El Tabor. (Fol. 53 del C. Nº 9).

57—Escritura Nº 180 de la Notaría del Agrado, de 1º de julio de 1920, por la cual se hizo protocolización del juicio sucesorio de la señorita Griselda Cuéllar Rojas. Hijuela de la heredera Florencia Rojas de Cuéllar, madre de la causante. Le correspondió un derecho de valor de $ 1.081.18 en la finca de Betania, antes Las Minas y Mesa de Potrerillos; y la mitad de la finca denominada Catalán. (Fol. 169 del C. Nº 10).

58—Escritura Nº 40 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 8 de octubre de 1921, por la cual Liborio,

Jorge y Federico Cuéllar D. legalizaron la partición material de la hacienda de El Tabor, la cual fue dividida en tres lotes que se alindan en el título. (Fol. 49 del C. Nº 9).

59—Escritura Nº 231 de la Notaría de Garzón, de 1º de junio de 1922, por la cual Paulo Emilio Bueno C., por medio de apoderado; Virginia C. de Bueno, Lucrecia y Lucila Bueno C., permutan con Josefina B. de Rubiano unos inmuebles, así: Los primeros ceden a la última sus derechos en la finca denominada Comejenes, a cambio de los derechos que la permutante de Rubiano hubo en las fincas de Remolino, Laguna, Buenavista y El Pomo. (Fol. 11 del C. Nº 10).

60—Copia registrada del remate efectuado en el Juzgado 2º del Circuito de Garzón el 12 de agosto de 1922, de parte de los bienes pertenecientes al menor Alberto Bueno C., habidos en la sucesión del señor José Antonio Barreiro, a saber: una séptima parte en los terrenos comunales de Buenavista, y otra séptima parte en el globo o hacienda de Comejenes, y en los terrenos del Callejón. El Dr. Tulio Rubiano obtuvo la adjudicación de los derechos vinculados en las tierras de Comejenes. (Fol. 4 del C. Nº 10).

61—Escritura Nº 155 de la Notaría del Agrado, de 24 de agosto de 1923, por la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de Rafael Díaz C. Hijuela de Joaquín Díaz, a quien se adjudicó un derecho indiviso en el predio de Potrerillos que el causante hubo por compra a Pedro Benavides y Pedro Sánchez. (Fol. 240 del C. Nº 10). Y al folio 243 de este mismo cuaderno se encuentra la hijuela formada al heredero Manuel Díaz J., a quien por su legítima se le adjudicó un derecho indiviso en el potrero de El Guasimal (Buenavista), y por razón de la hijuela de gastos, otro derecho en la posesión de Buenavista y en el potrero del Guasimal, y, por último, otro derecho en el predio de Potrerillos.

62—Escritura Nº 166 de 14 de julio de 1924, de la Notaría del Agrado, en la cual consta la venta que Joaquín y Manuel A. Díaz J. hicieron a Manuel Cuéllar R. de sus derechos en el predio de Potrerilos, que hubieron como herederos de Rafael Díaz C. (Fol. 238 del C. Nº 10).

63—Escritura Nº 1960 de la Notaría 3ª de Bogotá, fechada el 5 de noviembre de 1924, por medio de la cual Jorge Cuéllar D. vendió a Zoilo Cuéllar D., Manuel Antonio y Alberto Cuéllar D., un lote de terreno dentro de la hacienda El Tabor. (Fol. 45 del C. Nº 9).

64—Escritura Nº 1.000 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 3 de junio de 1925, por la cual Liborio Cuéllar D. vendió a Zoilo, Manuel Antonio y Alberto Cuéllar D. sus derechos en la finca de El Tabor. (Fol. 47 del C. Nº 9).

65—Escritura Nº 1.174 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 2 de julio de 1925, por medio de la cual fue formalizada la constitución de la Sociedad Comercial 'Cuéllar Hermanos', cuyo objeto principal es la explotación de la hacienda del Tabor. El capital social quedó constituído en parte por el valor de la hacienda del Tabor, avaluada para dicho efecto en la cantidad de $ 50.000,00. (Fol. 40 del C. Nº 9).

66—Escritura Nº 493 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 28 de julio de 1925, por medio de la cual Federico Cuéllar D. vendió a "Cuéllar Hermanos" sus derechos en la hacienda de El Tabor, derechos que hubo en la partición amigable de que trata la escritura Nº 1495 de 8 de octubre de 1921 de la Notaría 3ª de Bogotá. (Fol. 43 del C. Número 9).

67—Escritura Nº 66 de la Notaría del Agrado, de 3 de mayo de 1932, por la cual se hizo protocolización de la partición del globo de Las Flores o Potrerillos. El juicio respectivo fue seguido en el Juzgado del Circuito del Agrado, y con fecha 9 de septiembre de 1931 se dictó sentencia aprobatoria del trabajo de partición. Hijuela de Manuel Cuéllar Rojas, a quien correspondió el lote Nº 2 del plano, con cerca de 270 hectáreas de superficie. (Fol. 206 del C. Nº 10).

68—Escritura Nº 27 de la Notaría del Agrado, de 27 de diciembre de 1935, por medio de la cual Virginia Rivera, José María y Rosa Herrera Rivera, vendieron a Manuel Losada todos sus derechos en la sucesión de José María Herrera, vinculados a los predios del Pedernal y Zabaleta. (Fol. 146 del C. Nº 10).

69—Escritura Nº 77 de la Notaría del Agrado, de 11 de mayo de 1936, por la cual Higinio Herrera Rivera vendió a Manuel Losada todos sus derechos y acciones en la sucesión de José María Herrera, radicados principalmente en las fincas de Zabaleta y Pedernal. (Fol. 145 del C. Nº 10).

70—Escritura Nº 76 de 13 de abril de 1937, de la Notaría del Agrado, por la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de José María Herrera. Hijuelas de gastos y de la heredera Vicenta Herrera de Losada, a quien correspondió un derecho indiviso en el predio La Zabaleta. (Fol. 141 del C. Nº 10).

71—Escritura Nº 1.390 de la Notaría 5ª de Bogotá, de 16 de septiembre de 1937, por la cual fue protocolizado el juicio sucesorio del Dr. Zoilo Cuéllar D. Hijuela de Roberto, Ernesto y Camilo Cuéllar, a quienes se adjudicó 'por partes iguales, es decir, sendas terceras partes, en los

derechos del causante Zollo Cuéllar Durán como socio colectivo, equivalentes a una tercera parte, en la extinguida sociedad ilíquida de comercio denominada "Cuéllar Hermanos". (Fol. 38 del C. Número 9).

72—Escritura Nº 40 de la Notaría del Agrado, de 22 de marzo de 1939, por la cual Manuel Cuéllar R. vendió a José Antonio Macías la finca denominada Betania. (Fol. 203 del C. Nº 10).

73—Escritura Nº 679 de la Notaría 3ª de Bogotá, fechada el 5 de abril de 1939, por la cual se legalizó la constitución de la Compañía Ganadera de la Hacienda de El Tabor Ltda., la cual queda subrogada en todos los derechos de los socios de la compañía Cuéllar Hermanos. (Fol. 36 del C. Nº 9).

74—Escritura Nº 1.370 de 12 de julio de 1939, de la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual Manuel A. Cuéllar D. "adjudica a la sociedad llamada "Compañía Ganadera de El Tabor Limitada", en pleno dominio y sin condición la hacienda denominada El Tabor. (Fol. 34 del C. Nº 9).

75—Escritura Nº 79 de la Notaría del Agrado, de 31 de mayo de 1939, por la cual Ignacio A. Macías vendió a Barbarita L. de Cuéllar la finca "Betania". (Fol. 19 del C. Nº 10).

76—Escritura Nº 729 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 9 de abril de 1940, por la cual Elvina Fonnegra de Cuéllar vendió a Lucía Cuéllar de Cuéllar 51 acciones en la compañía ganadera del Tabor Ltda. (Fol. 32 del C. Nº 9).

77—Escritura Nº 3.069 de 2 de diciembre de 1941, de la Notaría 2ª de Bogotá, sobre disolución de la Compañía Ganadera del Tabor Ltda. (Fol. 27 del C. Nº 9).

78—Escritura Nº 3.128 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 10 de diciembre de 1941, por la cual Manuel A. Cuéllar D., en su carácter de liquidador de la "Compañía Ganadera del Tabor Ltda.", vendió a Enrique Gómez Campuzano la hacienda de El Tabor. Y por medio de la escritura Nº 906 de 18 de abril de 1941, de la Notaría 2ª de Bogotá, dicha venta fue ratificada por los demás socios de la extinguida sociedad, a saber: Manuel A. y Alberto Cuéllar D. Roberto, Ernesto y Camilo Cuéllar Tamayo y otros. (Folio 15 y 23 del C. Número 9).

79—Escritura Nº 3.191 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 15 de diciembre de 1941, por la cual Enrique Gómez Campuzano vende a José María Gómez Campuzano las 2 terceras partes del dominio y posesión que tiene en la hacienda de El Tabor. (Fol. 12 del C. Nº 9).

80—Escritura Nº 179 de la Notaría del Agrado, de 23 de diciembre de 1941, por la cual Manuel Cuéllar R. ratifica y aclara la transferencia que consta en la escritura Nº 40 de 22 de marzo de 1939, sobre venta de la finca Betania a José Antonio Macías. (Fol. 201 del C. Nº 10).

81—Escritura Nº 589 de la Notaría de Garzón, de 4 de septiembre de 1945, por la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de Manuel Cuéllar R. Hijuela de José Antonio Cuéllar Losada, en la cual se le adjudican los potreros llamados El Hueco y Raspayuco. (Fol. 227 del C. Nº 10).

82—Escritura Nº 589 de la Notaría de Garzón, de 4 de septiembre de 1945 de que trata el punto anterior. Hijuelas de Barbarita L. v. de Cuéllar, a quien se adjudica la finca de Catalán (fol. 161 del C. Nº 10), y de Griselda Cuéllar Losada, a quien se adjudica los inmuebles llamados posesión de Betania, lote Mesalta, el de Los Cháux, La Loma, Potrerillo, y los potreros de Cháux y Pedernal. (Fol. 189).

83—Escritura Nº 177 de la Notaría del Agrado, de 21 de diciembre de 1945, por la cual Manuel Losada A. y Vicenta Herrera de Losada venden a Mateo Trujillo sus derechos en el terreno llamado Zabaleta, ubicado en la fracción de El Pedernal. (Fol. 138 del C. Nº 10).

84—Escritura Nº 21517 de la Notaría 5ª de Bogotá, de 25 de octubre de 1950, por la cual José M. Gómez Campuzano vende a Guillermo y Enrique Martínez O. y a Rafael Méndez T., por terceras partes cada uno, la hacienda de El Tabor, dividida en dos globos. El vendedor declara que hace reserva para sí del subsuelo (dos terceras partes) "de manera que en esa venta no quedan comprendidas las minas de hidrocarburos, manganeso.... y demás minerales que contengan dicho subsuelo (sic) en las dos terceras partes...." (Fol. 8 del C. Nº 10).

Dominio actual. A folios 2-3, 136-137, 160, 134-188 y 225, del cuaderno Nº 10 y 2-7 del cuaderno Nº 9, aparecen los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Garzón, sobre el dominio actual de los opositores Dr. Tulio Rubiano y Josefina B. de Rubiano, Mateo Trujillo, Barbarita Losada L. de Cuéllar, Griselda Cuéllar Losada, José Antonio Cuéllar Losada y José M. Gómez Campuzano, respecto a los inmuebles que se han venido mencionando, a saber: Comejenes, Zabaleta o Finlandia, Catalán, Betania, Hueco y Raspayuco, y El Tabor, respectivamente.

Tradición y dominio actual de Las Olletas. Los Cauchos y Los Cauchos y Las Olletas.—Dada la circunstancia comprobada en los títulos corres-

pondientes a las tierras de La Cañada, de que esta finca, junto con los terrenos de Los Cauchos, Las Olletas y el lote Los Cauchos y Las Olletas, de propiedad de los opositores Cabrera Cabrera, formaron a fines del siglo pasado un solo globo de tierra conocido entonces con el nombre de La Loma y Cañada del Neme, del cual se desmembraron con ocasión de la división material practicada en el año de 1898, según consta de la escritura Nº 276 de 29 de agosto de aquel año, los títulos que dan cuenta de la tradición de los expresados inmuebles de Los Cauchos, Las Olletas y Los Cauchos y Las Olletas, y los certificados que acreditan el dominio actual, se encuentran relacionados en el capítulo siguiente, que trata de las tierras de Motilón, compuestas por don Juan de Vargas Figueroa.

Composición de Don Juan de Vargas Figueroa. Comprende las tierras de La Jagua y Motilón. Consta de las copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional de que se ha venido haciendo referencia, que en lo pertinente dicen así:

"**Por la Jagua y Motilón.**—El capitán Juan de Vargas Figueroa, vecino de esta ciudad, digo: que he visto el auto por vuestra merced promulgado para que acudan los que tuvieren tierras a la composición de ellas, según lo dispuesto por su Majestad —que Dios guarde muchos años para aumento de nuestra santa fé y amparo de la cristiandad—, y no como leal vasallo suyo acudiendo a sus órdenes y mandatos, hago manifestación de los títulos de tierras que poseo, con las escrituras de venta de las personas que me han cedido sus derechos qué son unos de las tierras del sitio de La Jagua con linderos expresados en dichos títulos que son:..... y asimismo hago manifestación de los títulos de las que poseo en el sitio de Motilón con los linderos en ellos expresados que son y corren desde el desemboque de la quebrada del Mene, corriendo dicha quebrada arriba por una banda y otra en lo pastable, hasta dar en lo alto del cerro de Buenavista; y de allí cogiendo la misma derecera a dar a donde tengo pobladas mis casas; y de dicho sitio, cogiendo la quebrada del Motilón abajo, hasta donde desemboca en el río de Páez; y el río de Páez abajo hasta dar en la quebrada del Mene, con más cuatro estancias que hube y compré de Antonio de Abarca, según y las tuvo y poseyó unas y otras el capitán Andrés Palomino, que dichas tierras aquí mencionadas están en la jurisdicción de Timaná.....; que por dichas tierras que así poseo en el sitio del Motilón, son inútiles y montuosas y llenas de espinales, en cuya consideración se ha de servir vuestra merced, y así se lo suplico de que se haga la dicha tasación, para que yo acuda a lo que es de mi obligación y del servicio de su Majestad....."

Por decreto del Gobernador don Francisco Alvarez de Velasco, se repartieron al solicitante "cincuenta patacones de composición, con más diez y seis patacones por la media anata...." y se dispuso que, una vez cubiertos por el interesado aquellos derechos, se le expidiese el correspondiente título. Esta providencia lleva fecha 10 de mayo de 1680.

A continuación de este decreto aparece la constancia suscrita por el Juez de cobranzas reales, don Antonio López de La Torre, con fecha 11 de mayo de 1680, según la cual el capitán Juan de Vargas Figueroa consignó los valores fijados en el auto atrás transcrito, "y de ellos me hice cargo en el libro de este derecho... "

Identificación de las tierras de MOTILON. Conforme a lo que expresan las actas de la inspección ocular de que se hizo referencia en el capítulo anterior, respecto de estas tierras de Motilón, el personal inspector hizo la identificación, sin reparo alguno, de los siguientes linderos citados en el título de que aquí se trata: Desembocadura de la quebrada del Neme o La Cañada en el río Páez; curso de dicha quebrada hasta su nacimiento; el Alto de Buenavista, Mis Casitas, la quebrada de Motilón, que va a desembocar en el río Páez.

El sitio **Mis Casitas** fue localizado, según reza la tercera de las referidas actas, en un punto situado frente a las estribaciones del cerro de Buenavista. Pero debe anotarse el hecho de que en los distintos planos que obran en autos, ese punto no aparece indicado.

Dentro del mismo recorrido, el personal inspector reconoció los predios de los opositores José Eugenio, Alejandro, Federico, Miloiades, Marco Tulio y Abelarco Cabrera Cabrera; Aura Rosa C. de Moncaleano y Amelia C. de Rojas, José Manuel Palomino y Miguel A. Cabrera Lara, denominados La Cañada, El Totumo, Tigrito, La Argelia y Santa Rosa.

Se dejó perfectamente aclarado durante la inspección ocular el punto relativo a la dualidad de nombres de la quebrada designada hoy con el nombre La Cañada, y antiguamente llamada El Mene o Neme, frente al hecho de existir una quebradita, afluente de La Cañada, con el nombre de Neme.

Fue así como el personal inspector pudo declarar que el primer lindero de la composición de Juan de Vargas Figueroa es "la boca de la que-

brada del Neme en el río Páez, quebrada llamada más comunmente "La Cañada"...."

El concepto pericial en cuanto a la identidad de las tierras de Motilón expresa lo siguiente: "En los mapas figura la quebrada del Meme, el Cerro de Buenavista, la quebrada del Motilón y el río Páez; de manera que el único dato que no figura en ellos es el sitio "donde tengo pobladas mis casas", pero en la diligencia de inspección ocular se identificó dicho sitio por medio de declaraciones de testigos; esto nos permitió determinar el sitio "hoy llamado mis casitas" y relacionarlo por intermedio de la brújula con el Cerro de Buenavista y con la población de Carnicerías. La dificultad proveniente de la existencia de dos quebradas que son conocidas en la región con el mismo nombre del Meme y que son las que figuran en los mapas, la una con este nombre y la otra con el de La Cañada, la hemos vencido fácilmente teniendo en cuenta que de las dos solamente la que figura en los planos con el nombre de La Cañada es la que desemboca en el río Páez y va a dar al cerro de Buenavista. De manera que los linderos de esta composición han sido establecidos por nosotros sobre los planos en forma perfectamente clara (línea dibujada con color amarillo en los planos). Los linderos de esta composición, como se puede apreciar en los planos, comprenden la superficie total de la finca Santa Rosa de Miguel Antonio Cabrera Lara y una parte de la superficie de las fincas La Cañada de Federico y Alejandro Cabrera, Federico, José Eugenio, Milciades, Alejandro, Marco Tulio y Abelardo Cabrera, Amelia Cabrera de Rojas y Aura Rosa Cabrera de Moncaleano, y La Argelia de José Manuel Palomino."

Concepto del Procurador Delegado. No está de acuerdo el señor Procurador Delegado en lo Civil con estas conclusiones del dictamen pericial. En efecto, sostiene que no hay fundamento alguno para sostener que el primer lindero de la referida composición sea la boca de la quebrada La Cañada en el río Páez, puesto que la alinda-ción del título primitivo simplemente alude a la desembocadura de la quebrada del Neme, sin mencionar para nada en qué río o quebrada se verifica esa confluencia.

Tampoco encuentra satisfactoria la conclusión de que la quebrada de La Cañada sea la misma que en el título se designa con el nombre del Neme, pues como lo hubo de sostener al referirse a la composición de Ambrosio de Suárez, los testimonios recibidos durante la inspección ocular en relación con el punto debatido, son de simple referencia. Y añade: "Los testigos pueden afirmar, como lo afirmaron, que hoy la quebrada de La Cañada tiene también otro nombre. Pero lo que no pueden decir razonablemente es que en 1630 existía esa doble denominación, la que no puede darse por cierta sino con documentos o declaraciones de la época que así lo expresaran, los cuales no existen."

Motoja también el dictamen en cuanto éste se refiere al lindero "donde tengo pobladas mis casas", hoy llamado "mis casitas", primero, porque en las actas de la inspección ocular, contra lo afirmado por los peritos, nada se dice respecto a la recepción de declaraciones sobre la identidad de ese sitio, y porque "resultaría impracticable por ese medio después de dos siglos largos de localizado el sitio. Además, los peritos no determinaron en el plano dónde queda ese punto."

Por último observa que según los planos el cerro de Buenavista se halla localizado no ciertamente en la composición de Vargas Figueroa sino en la de Ambrosio Salazar, composiciones que, además, según las demarcaciones hechas por los peritos en los planos con que ilustran su dictamen, no son colindantes, ya que precisamente en la región en que se encuentra el cerro de Buenavista aparece una zona intermedia que rompe la continuidad de tales composiciones.

Se considera:

Respecto a la identificación del lindero llamado quebrada del Neme, hoy La Cañada, cabe observar: en los planos, ciertamente, se encuentra dibujada una quebrada, afluente de La Cañada, con el nombre de Neme, y cuyo curso sigue la dirección oriente-occidente. La situación de la pequeña quebrada del Neme pone de manifiesto la imposibilidad de tomarla como lindero de la composición Vargas Figueroa, a cambio de la hoy nombrada de La Cañada. Porque el lindero oriental de dicha composición es, como se ha visto, el curso de la quebrada del Meme o Neme desde su desembocadura "hasta dar en lo alto del cerro de Buenavista....", sitio éste que en los diferentes planos que obran en autos aparece situado al sur del nacimiento de La Cañada, y no al Oriente, donde nace la quebrada o arroyo hoy llamado Neme.

Al folio 131 del C. Nº 8, se encuentra copia autorizada de la memoria testamentaria de don Juan Gil de Cabrera (hijo de Nicolás de Cabrera y Cuéllar y María de Vargas y Méndez), de fecha 22 de mayo de 1777. El testador entre otros bienes raíces de su pertenencia, relaciona las tie-

rras de Motilón del modo siguiente: "8- Itt. Declaro por bienes míos las tierras de "Motilón" cuyos linderos son: "del desemboque de la quebrada del Mene en el río de Páez, ésta arriba, a coger la quebrada del Tigrecito hasta dar en los pretiles altos, y por dicho pretil del lado del Alcaparrón arriba hasta donde cierra con la dicha quebrada del Mene, y dicha quebrada arriba a coger la quebrada de Los Cauchos, que divide las tierras de Manuel Parra, hasta dar en lo alto del cerro, y de éste a coger la quebrada que comunmente llaman de la Buitrera, que divide las tierras de Nicolás García, y ésta abajo hasta su desemboque en la quebrada de Motilón y ésta abajo al desemboque al río de Páez..." (Ha subrayado la Sala).

De esta alindación de las tierras que fueron compuestas por don Juan de Vargas Figueroa; convence definitivamente a la Sala de que la quebrada de La Cañada es la misma que en la antigua alindación de 1680, de las tierras de Motilón, se menciona con el nombre de El-Neme.

Del contexto de dicha alindación, puesto en relación con los planos que se han venido estudiando, se infiere que el lindero "donde tengo pobladas mis casas" sirve para precisar el sitio o punto que debe tomarse sobre el curso de la quebrada de Motilón para trazar la línea que hade unir dicha quebrada con "lo alto del cerro de Buenavista", cerrando el polígono de esta composición por el sur.

Acerca del reconocimiento de dicho lindero "mis casitas" dice el acta de la inspección ocular lo que sigue: "....siguiendo la misma dirección (occidental) hasta encontrar la quebrada denominada "El Motilón", la cual desemboca en el río Páez; atravesando dicha quebrada nos dirigimos a la Mesa de Paicol en donde encontramos unos corrales de piedra muy antiguos; continuamos la marcha hasta situarnos en un punto frente a las estribaciones del cerro de Buenavista que desciende sobre la quebrada de Motilón, en donde divisamos el sitio denominado "mis casitas" y pudimos identificarlo...."

En otro lugar de las actas en referencia se dice que el lindero "mis casas" o "mis casitas" fue hallado a inmediaciones de la quebrada de Motilón.

La Sala encuentra aceptable la identificación de este lindero, puesto que la alindación dada en 1680 por don Juan de Vargas Figueroa está indicando claramente que el punto "donde tengo pobladas mis casas" debió estar situado sobre la margen derecha de la quebrada de Motilón, a inmediaciones de ésta. Efectivamente, el sitio aludido sirve únicamente para precisar el punto de partida del lindero occidental de las tierras de Motilón, constituido por el curso de dicha quebrada, hasta su desembocadura en el río Páez. Dice así en lo pertinente la alindación de que se trata: ".....hasta dar en lo alto del cerro de Buenavista; y de allí cogiendo la misma derecera a dar a donde tengo pobladas mis casas, y de dicho sitio, cogiendo la quebrada de Motilón abajo, hasta donde desemboca en el río de Páez..." (Subrayó la Sala).

Dice el señor Procurador Delegado que el límite sur de las tierras de Motilón dado en el dictamen pericial carece de fundamento, porque en los planos respectivos no está indicado el punto "mis casitas". Esto es verdad, pero de ahí no puede sacarse la conclusión de que el lindero no está suficientemente determinado y que sea caprichoso el trazado de la línea recta (color amarillo) que une los linderos "cerro de Buenavista-quebrada de Motilón". Basta considerar al respecto, que para el trazado de esa línea que cierra por el sur el polígono del globo de Motilón, los expertos —lógico es suponerlo— debieron tener en cuenta la posición exacta que en el plano corresponde al lindero "mis casitas", de acuerdo con la identificación que de él se hizo en la inspección ocular.

Con lo que se acaba de decir queda suficientemente establecida la identificación completa de las tierras de la composición de Juan de Vargas Figueroa, tal como fueron alindadas en el año de 1680.

De acuerdo con el dictamen pericial, dentro del mencionado globo de terreno están ubicadas las fincas de Santa Rosa, del opositor Miguel Antonio Cabrera Lara, en su totalidad, y parcialmente las de La Cañada, de propiedad de Alejandro, Federico, José Eugenio, Milciades, Marco Tulio y Abelardo Cabrera, Amelia Cabrera de Rojas y Aura Rosa Cabrera de Moncaleano, y La Argelia, del opositor José Manuel Palomino. Y ya está dicho que cada uno de esos inmuebles fue identificado por sus actuales linderos durante la inspección ocular de que se ha venido haciendo mérito.

Por otra parte, de acuerdo con el mismo dictamen, y con las comprobaciones que ha hecho la Sala sobre los planos traídos al expediente, las fincas que se acaban de mencionar se encuentran totalmente comprendidas dentro del área de la propuesta Nº 538.

El título de don Juan de Vargas Figueroa. Fue expedido, como queda visto, a la vez con el de don Ambrosio de Salazar, y, por tanto, forma

parte de "**Los autos obrados por Don Francisco Alvarez de Velasco, Gobernador que fue del Valle de la Concepción de la ciudad de Neiva, en virtud de comisión del Gobierno para las composiciones de tierras de aquella jurisdicción**". Le son aplicables a este título, consecuencialmente, las mismas consideraciones que ha hecho la Sala en torno a la validez de la composición de tierras obtenida por el ya mencionado señor de Salazar.

Los documentos en que consta el otorgamiento de la expresada composición de tierras Vargas Figueroa, relacionados al comienzo de este segundo capítulo, prueban eficazmente que las tierras de Motilón salieron legalmente del patrimonio del Estado antes de la reserva del año de 1873.

Tradición de las fincas correspondientes a este título.

1) Según consta de la escritura que en copia expedida por el Notario 1º de Popayán, obra al folio 160 del cuaderno Nº 8, otorgada ante el Escribano real de la misma ciudad el 3 de marzo de 1739, don Jorge Miguel de Vargas, hijo legítimo de Juan de Vargas Figueroa, como deudor principal, y don Francisco de Rosas, como fiador, reconocen una capellanía de 1.500 patacones a favor de la Catedral de Popayán, fundada por el nombrado Juan de Vargas Figueroa por escritura de 14 de marzo de 1716. El deudor principal grava con esa capellanía las tierras de La Cañada.

2) Por escritura sin número otorgada el 8 de mayo de 1787 ante el Alcalde Ordinario de Timaná, existente en la Notaría de Garzón, los señores Nicolás y Rafael Cabrera y Cuéllar y Diego de Cuéllar reconocen una capellanía de 1.000 pesos fundada por don Juan Gil de Cabrera en las tierras de La Cañada. (Fol. 117 del C. Nº 8).

3) En la escritura sin número que en copia expedida por la Notaría de Garzón obra al folio 131 del mismo cuaderno, aparecen protocolizados el testamento-codicilo hecho por don Juan Gil de Cabrera el 22 de mayo de 1777 y la causa mortuoria del testador adelantada por el Alcalde Ordinario de Timaná en el año de 1789. De acuerdo con las hijuelas que se formaron en dicha sucesión, se hizo adjudicación de derechos en las tierras de Motilón a los herederos Nicolás, Rafael, María Teresa, María Ignacia y Bernarda Cabrera Cuéllar, y a la viuda Ana Beatriz Cuéllar. Al heredero José Joaquín Cabrera C. se le adjudicaron derechos por de 107 pesos en las tierras de La Cañada, derechos que el causahabiente había enajenado a favor de Fernando Méndez.

4) Según aparece de la copia de la escritura sin número de fecha 27 de agosto de 1798, de la Notaría de Garzón, don Diego Antonio de Cuéllar hizo testamento en que declara ser dueño de las tierras de Motilón y La Cañada del Neme. También fue protocolizada allí la causa mortuoria del nombrado señor de Cuéllar, dentro de la cual se hicieron las siguientes adjudicaciones de los bienes raíces relictos: Para la capellanía de 2.000 pesos fundada sobre las tierras de La Cañada, un derecho equivalente sobre el mismo inmueble; a la cónyuge supérstite María Teresa de Cuéllar, un derecho de 175 pesos en las tierras de Motilón; y a cada uno de los herederos José Antonio, y María Antonia y José María Cuéllar Cabrera, 50 pesos de derechos en las mismas tierras de Motilón. (Fol. 119 del C. Nº 8).

5) De conformidad con la copia expedida por el Notario de Garzón de la escritura sin número otorgada el 26 de septiembre de 1799 ante el Alcalde Ordinario de la Villa de Timaná, doña María Teresa Cabrera v. de Cuéllar hizo reconocimiento de una capellanía de mil pesos fundada sobre las tierras de Motilón y La Cañada. (Fol. 114 del C. Nº 8).

6) Por la escritura sin número otorgada ante el mismo Alcalde Ordinario, y existente en la Notaría del Agrado, fechada el 20 de noviembre de 1807, los esposos Joaquín Falla y María Teresa Cabrera vendieron a Joaquín Cabrera dos porciones de terreno en el globo de Motilón, una de las cuales se hallaba gravada con una capellanía de mil pesos a favor del Pbro. José Calderón. (Fol. 110 del C. Nº 8).

7) Por escritura sin número de la Notaría de La Plata, fechada el 4 de julio de 1835, se hizo protocolización de la causa mortuoria de Joaquín Cabrera y Cuéllar. En la copia que obra en autos aparecen las hijuelas de gastos y la formada a la cónyuge supérstite Gertrudis Suárez. Para la primera se adjudicaron derechos de valor de mil pesos en las tierras de Motilón; a la segunda, derechos en los terrenos de Guasimal. (Fol. 104 del C. Nº 8).

8) Por medio de la escritura sin número, de 3 de octubre de 1843, pasada ante el Juez Letrado de Garzón (Notaría del mismo lugar), doña Gertrudis Suárez hizo redención del principal de la capellanía de dos mil pesos que pesaba sobre las tierras de Motilón y La Cañada. (Fol. 100 del C. Nº 8).

9) Por escritura sin número, de 3 de octubre de 1843, otorgada ante el Juez Letrado de Garzón

(Notaría del mismo lugar), Gertrudis Suárez vendió a Serafín Cuéllar dos globos de terreno llamados Cañada y Neme (según los linderos respectivos, dichos terrenos se encuentran situados sobre la margen izquierda de la quebrada La Cañada). De dicha venta se excluye un pequeño lote de 3 fanegadas de propiedad de Vicente Coronado. (Fol. 98 del C. Nº 8).

10) Por medio de la escritura Nº 31 de la Notaría del Pital, fechada el 7 de julio de 1856, Vicente Coronado vendió el pequeño lote a que se contrae la parte final del punto anterior a Serafín Cuéllar. (Fol. 96 del C. Nº 8).

11—Por medio de la escritura Nº 209 de la Notaría de La Plata, fechada el 9 de octubre de 1866, se hizo protocolización del testamento hecho por Serafín Cuéllar, en el cual aparece la donación hecha por el testador a favor de los hijos de Fructuoso Cabrera y Esmeragda Cuéllar, de las tierras que el señor Cuéllar poseía en jurisdicción de Paicol, entre ellas las de La Cañada, La Loma y Garrapata. (Fol. 1 del C. Nº 3).

12) En la escritura Nº 74 de la Notaría de Garzón, de 19 de junio de 1869, se hizo protocolización del juicio de partición de los bienes sucesorales de Serafín Cuéllar. Hijuela correspondiente a los hijos de Fructuoso Cabrera y Esmeragda Cuéllar, a quienes se adjudicó: derechos en los predios de La Loma, Remolino y Garrapata; los terrenos de Cabuyal, Cañada y Madroño, la mitad de los terrenos de La Honda, los terrenos del hato de Las Olletas, y los de la posesión de Los Cauchos. (Fol. 6 del C. Nº 3).

13) Expedida por el Jefe del Archivo Nacional, obra al folio 39 del cuaderno número 4 (títulos de La Cañada, Los Cauchos, Las Olletas y Los Cauchos y Las Olletas), copia de la escritura Nº 1.607 de 17 de diciembre de 1896, de la Notaría 3ª de Bogotá, por medio de la cual se hizo protocolización del juicio sucesorio de Domitila Cabrera de Cuéllar, uno de los 9 legatarios de Serafín Cuéllar, en su calidad de hija legítima de Fructuoso Cabrera y Esmeragda Cuéllar. En la copia aludida obra la hijuela hecha a María de la Cruz Cuéllar C., a quien se adjudicó una treintaiseis-ava parte del globo de terreno llamado Hacienda de La Loma y Garrapata, y los predios llamados Los Cauchos y el potrero de Las Olletas.

14) Por medio de la escritura Nº 194 de 29 de mayo de 1897, de la Notaría de Garzón, Elena Cabrera de Téllez vendió a Rafael Cabrera C. los lotes de terreno denominados El Totumo y El Alcaparrón, comprendidos dentro del globo de La Loma, y que hubo como heredera de Serafín Cuéllar. (Fol. 71 del C. Nº 4).

15) Escritura Nº 401 de la Notaría de Garzón, de fecha 7 de diciembre de 1897, por la cual Oliverio Cabrera vendió a Vicente Cabrera D.: un derecho equivalente a la mitad del lote de Los Cauchos, adjudicado a Domitila Cabrera de Cuéllar y que el vendedor hubo por compra de una cuarta parte al señor Simón Gómez, esposo de Rosa Cuéllar de Gómez; y la otra cuarta parte, por adjudicación a la esposa del vendedor, María de la C. Cuéllar, en la partición de los bienes sucesorales de Domitila Cabrera. (Fol. 32 del C. Número 4).

16) Por escritura Nº 283 de la Notaría del Pital, fechada el 27 de agosto de 1897, Simón Gómez, mediante licencia judicial, vendió a Oliverio Cabrera una treintaiseis-ava parte de los terrenos llamados La Garrapata, Los Cauchos y Las Olletas, que le correspondió en la partición de los bienes sucesorales de su madre Domitila Cabrera a su esposa Rosa Cuéllar de Gómez. (Fol. 36 del C. Nº 4).

17) Por medio de la escritura Nº 276 de 29 de agosto de 1898 de la Notaría del Pital, se hizo protocolización del juicio divisorio de las tierras de La Loma, Los Cauchos y Las Olletas, seguido en el Juzgado del Circuito del Pital. Hijuela formada a la partícipe Domitila Cabrera, esto es, a los herederos de ésta e hijos de Cerbelión Cuéllar, a quienes correspondió en La Loma un lote de 272 hectáreas 5.733 m2, en Los Cauchos 49 hectáreas con 1.466 m2, y en Las Olletas 68 hectáreas con 3.537 m2. (Fol. 43 del C. Nº 4).

18) Al folio 58 de este mismo cuaderno obra la hijuela que en ese mismo juicio se formó a la partícipe Rosa Cabrera de Medina, a quien se hizo una adjudicación igual a la anterior; y a folios 77 y 116 del mismo cuaderno se encuentran las hijuelas correspondientes a las herederas Elena Cabrera de Téllez y Serafina Cabrera, con iguales adjudicaciones.

19) Por escritura Nº 356 de 28 de agosto de 1908, de la Notaría de Garzón, Rosa Cabrera de Medina transfirió a título de venta a Rafael Díaz el lote o potrero de El Alcaparrón. (Fol 55 del C. Nº 5).

20) Por escritura Nº 469 de la Notaría de Garzón, de 12 de septiembre de 1913, Rosa Cabrera de Medina vendió a Rafael Díaz C. la finca de La Cañada que hubo como heredera de Serafín Cuéllar. (Fol. 110 del C. Nº 4).

21) De acuerdo con la escritura Nº 525 de la Notaría de Garzón, de fecha 22 de diciembre de 1917, Rafael Díaz C. cedió a título oneroso a Ra-

fael Cabrera C. la finca La Cañada y el potrero adyacente llamado Alcaparrón, adquiridos por el cedente en la forma relacionada en los puntos anteriores. (Fol. 53 del C. Nº 4).

22) En la escritura Nº 180 de 24 de mayo de 1930, de la misma Notaría, aparece la protocolización del juicio sucesorio de Rafael Cabrera C. Hijuelas de Serafina Cabrera, a quien se adjudicó el potrero del Alcaparrón (fol. 49 del C. Nº 4); de José Eugenio Cabrera, a quien se adjudicó un derecho de $ 583.33, la mitad de las tres cuartas partes del lote Los Cauchos y un derecho de $ 832.00 en el potrero El Totumo (Fol. 20); al folio 27 se encuentra la hijuela formada a Marco Tulio Cabrera C., a quien se adjudicaron iguales derechos en La Cañada, El Totumo y Los Cauchos; al folio 90 se halla la hijuela de Alejandro Cabrera C., a quien se adjudicó un derecho de $ 2.387.50 en La Cañada, la mitad de Las Olletas y $ 450.00 en El Totumo; al folio 94 está visible la hijuela correspondiente a Federico Cabrera C., a quien se adjudicó un derecho igual en La Cañada, la mitad de Las Olletas y $ 453.00 en El Totumo; al folio 98 aparece la hijuela de Abelardo Cabrera C., a quien se adjudicó un derecho de $ 99.00 en El Totumo; al folio 102, la hijuela formada a Milciades Cabrera C., a quien se adjudicó otro derecho de $ 99.00 en El Totumo; igual adjudicación en El Totumo se hizo a Amelia Cabrera de Rojas, según se ve de su hijuela visible al folio 106 del mismo cuaderno; y al folio 66 del referido cuaderno aparece la hijuela formada a Aura Rosa Cabrera de Moncaleano, a quien correspondió un derecho de $ 583.34 en La Cañada, otro de $ 633.00 en El Totumo, y el globo de tierras llamado Los Cauchos, lote avaluado en $ 800.00.

23) Por escritura Nº 306 de 28 de septiembre de 1931, de la Notaría de Garzón, Serafina Cabrera v. de Cabrera cedió en venta a su hijo José Eugenio el derecho que le correspondió en el potrero de El Alcaparrón. (Fol. 47 del C. Nº 4).

24) Mediante la escritura pública Nº 145 de 3 de marzo de 1934, de la Notaría de Garzón, José Eugenio Cabrera C. cedió en calidad de permuta a Aura Rosa C. de Moncaleano su derecho en el potrero El Totumo, a cambio del derecho que a la segunda correspondió en el predio Los Cauchos. (Fol. 63 del C. Nº 4)

25) Por escritura Nº 164 de 21 de abril de 1934, Amelia Cabrera vendió a su hermano Federico su derecho en el potrero El Totumo. (Fol 38 del C. Nº 4).

26) Por escritura Nº 45 de la Notaría de Garzón de 4 de febrero de 1935, Milciades Cabrera vendió a su hermano Alejandro su derecho de $ 99.00 en el Totumo. (Fol. 84 del C. Nº 4).

27) Según consta en la escritura Nº 43 de 3 de febrero de 1936 de la Notaría de Garzón, Marco Tulio Cabrera vendió a sus hermanos Alejandro y Federico su derecho de valor de $ 832.00 en el potrero El Totumo. (Fol. 86 del C. Nº 4).

28) Mediante la escritura Nº 663 de 27 de diciembre de 1936, de la Notaría de Garzón, Aura Rosa C. de Moncaleano y Abelardo Cabrera vendieron a Alejandro Cabrera sus derechos en los predios La Cañada y El Totumo, respectivamente. (Fol. 81 del C. Nº 4).

29—Por escritura Nº 82 de 1º de marzo de 1941, de la misma Notaría, Marco Tulio Cabrera C. vendió a su hermano Alejandro su derecho en el lote de Los Cauchos. (Fol. 25 del C. Nº 4)

30) Por medio de la escritura Nº 301 de 18 de mayo de 1943, de la misma Notaría, fue protocolizado el juicio sucesorio de Serafina Cabrera v. de Cabrera. Hijuela común formada a los herederos Alejandro, Milciades, Abelardo, Federico, José Eugenio, Amelia, Aura Rosa y Marco Tulio Cabrera, por la cual se les adjudica, entre otros bienes raíces, la octava parte del subsuelo del predio La Cañada, con fundamento en el contrato celebrado con la Compañía Richmond Petroleum Company of Colombia, de que trata la escritura Nº 867 de 22 de junio de 1938, de la Notaría 5ª de Bogotá. (Fol. 112 del C. Nº 4).

A folios 7 a 10 del mismo cuaderno Nº 4 se encuentran los certificados sobre tradición de los inmuebles anteriormente relacionados y sobre el dominio actual, expedidos con fechas 25 y 30 de noviembre de 1950 y 22 de febrero de 1951 por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de Garzón (los dos primeros) y del Gigante (el último), de los cuales se establece que los señores José Eugenio, Marco Tulio, Federico, Alejandro y Abelardo Cabrera, Amelia C. de Rojas y Aura Rosas C. de Moncaleano son dueños actuales de los predios La Cañada, de los potreros del Alcaparrón y Totumo, Los Cauchos, Las Olletas y Los Cauchos y Las Olletas, de acuerdo con los linderos que de tales inmuebles constan en los respectivos títulos.

Tradición de la finca Santa Rosa, del opositor Miguel A. Cabrera L. además de los enumerados al principio de la relación anterior:

1—Escritura Nº 198 de la Notaría única de La Plata, de 15 de octubre de 1906, conforme a la cual Manuel Vargas Flórez vendió a Gabriel Vargas C. una sexta parte del potrero llamado El Callejón y la mitad del llamado El Vínculo, situa-

dos sobre la margen derecha de la quebrada de Motilón. (Fol. 18 del C. Nº 7).

2—Según lo expresado en la escritura Nº 205 de la misma Notaría, de 29 de octubre de 1906, por la cual se protocolizó el juicio sucesorio de Domitila Cabrera, en la partición de los bienes relictos se adjudicó al heredero Gabriel Vargas C. un derecho de valor de $ 50.000.00 sobre un globo de tierras comprendido dentro de las antiguas de Motilón; el terreno denominado El Chaparro y una sexta parte del potrero El Callejón, formados de las tierras de aquella antigua propiedad de Motilón. Al heredero Manuel Vargas, cónyuge sobreviviente, se adjudicaron entre otros bienes raíces, la mitad del potrero del Vinculo, la posesión del Chaparro y una sexta parte del potrero El Callejón. (Fol. 20 del C. Nº 7).

3—Al folio 10 de este mismo cuaderno obra copia registrada de la diligencia de remate verificada en el Juzgado Municipal de Paicol por comisión del Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, de los bienes sucesorales de la señora Mercedes Arroyo v. de Vargas, situados en jurisdicción del municipio ya mencionado. Consta de dicha diligencia que en tal ocasión fue subastada la hacienda del Juncal, situada a orillas del río Páez, compuesta de los potreros de Hernandico, Mesetas, Mesas del Juncal, La Esperanza, El Coco, Potreroviejo, Manga de Juancho, Los Llanitos, Juancho y Callejón, Manga-falsa e Ingertal, Mesa de Paicol, El Paujil y Salado, con corrales y demás adherencias. Dicha finca fue dividida en cuatro lotes, el primero de los cuales fue adjudicado a Jesús Lamilla, y quedó compuesto de los potreros de Hernandico, Las Mesetas, Mesa de Paicol, La Esperanza, El Coco, Potreroviejo, Manga de Juanco, Llano de Motilón, las casas de la hacienda del Juncal, sus corrales y mangas. La Iglesia Parroquial de Paicol, representada por Rafael Ramírez, obtuvo la adjudicación del tercer lote, compuesto por los potreros de Juancho, Callejón, Manga-falsa e Injertal.

4—Por medio de la escritura Nº 612 pasada en la Notaría de Garzón, el 11 de septiembre de 1948, la Iglesia de Paicol, representada por el señor Obispo de la Diócesis de Garzón, vendió a Miguel Antonio Cabrera Lara, sus derechos de propiedad en el lote de la hacienda El Juncal, compuesto por los potreros de Juancho y Callejón, Mangafalsa e Injertal. (Fol 6 del C. Nº. 7).

Dominio actual: Todas estas transferencias se hallan inscritas en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de Garzón y Gigante, según aparece de los correspondientes certificados expedidos por los respectivos Registradores, que obran a los folios 2, 4 y 13 del mismo cuaderno Nº 7. De dichos documentos se establece que el actual propietario inscrito de los potreros Juancho y Callejón Mangafalsa e Injertal, que forman la finca de Santa Rosa, es el señor Miguel A. Cabrera Lara.

Tradición de La Argelia y Tigrito.

Los títulos que informan de la tradición de estos predios son los siguientes, traídos en copias debidamente registradas:

1—La escritura Nº 1697 de la Notaría 3ª de Bogotá, de 17 de diciembre de 1896, por la cual fue protocolizado el sucesorio de Domitila Cabrera de Cuéllar. Se encuentran allí las hijuelas formadas a los herederos María de la Cruz, Alberto, Esmeragda y Rosa Cuéllar C. A cada uno de estos partícipes se adjudicó una cuarta parte de los derechos equivalentes a la novena parte de los predios denominados de La Loma, Garrapata, Los Cauchos y Las Olletas, y también una cuarta parte de los potreros de El Tigre y Quebrada Arriba, que a la causante se adjudicaron en el juicio de sucesión de Fructuoso Cabrera y Esmeragda Cuéllar, en virtud de la donación testamentaria hecha a favor de los hijos de dichos cónyuges por don Serafín Cuéllar. (Fol. 46 del C. Número 5).

2—Por escritura Nº 273 de 27 de agosto de 1897, de la Notaría del Pital, Simón Gómez y su esposa Rosa Cuéllar de Gómez vendieron a Oliverio Cabrera sus derechos equivalentes a la cuarta parte de los predios de La Garrapata, Las Olletas y Los Cauchos, habidos en la partición de bienes sucesorales de Domitila Cabrera v. de Cuéllar. (Fol. 43 del C. Nº 5).

3—Por medio de la escritura Nº 304 de la Notaría de Garzón, de 21 de septiembre de 1897, Oliverio Cabrera vendió a Francisco Bonilla un derecho equivalente a la cuarta parte del globo de tierras de La Garrapata, adquirido por el vendedor por compra a Simón Gómez y Rosa Cuéllar de Gómez. (Fol. 41 del C. Nº 5).

4—De acuerdo con la escritura Nº 421 de la Notaría de Garzón, de 21 de diciembre de 1897, Oliverio Cabrera vendió a Francisco Bonilla otro derecho de una cuarta parte de los terrenos de La Garrapata, habido por su esposa María de la Cruz Cuéllar en la sucesión de Domitila C. de Cuéllar. (Fol. 37 del C. Nº 5).

5—Escritura Nº 276 de 29 de agosto de 1896 de la Notaría del Pital, por la cual se hizo protocolización del juicio sobre división material de

los globos de La Loma, Los Cauchos y Las Ollétas. Hijuela de la partícipe Domitila C. de Cuéllar, a quien se adjudicó, entre otras porciones de terreno, una de más de 272 hectáreas en el llamado La Loma. (Fol. 61 del C. Nº 5). Y al folio 24 de este mismo cuaderno, obra la hijuela formada en el mismo juicio a Elena Cabrera de Téllez, a quien se hizo adjudicación de un lote igual en La Loma.

6—Escritura Nº 194 de la Notaría de Garzón, de 29 de mayo de 1897, por la cual Elena Cabrera de Téllez vendió a Rafael Cabrera, entre otros terrenos que le fueron adjudicados según los términos de la escritura Nº 276 de que se acaba de hablar, el lote denominado El Totumo, dentro del cual quedó comprendido el potrero llamado Hueco del Tigre. (Fol. 19 del C. Nº 5).

7—Por escritura Nº 44 de la Notaría de Garzón, de 21 de diciembre de 1897, Oliverio Cabrera y su esposa María de la Cruz Cuéllar vendieron a Francisco Bonilla un derecho equivalente a la cuarta parte de los terrenos de Garrapata, habido por María de la Cruz en la sucesión de Domitila Cabrera. (Fol. 17 del C. Nº 5).

8—Escritura Nº 304 de la Notaría del Agrado, de 27 de julio de 1903, por la cual Esmeragda y Alberto Cuéllar C. vendieron a Balbino y Francisco Bonilla sus derechos equivalentes a una cuarta parte de los terrenos de La Loma, adquiridos por los vendedores por herencia de Domitila Cabrera. (Fol. 33 del C. Nº 5).

9—Escritura Nº 397 de la Notaría de Garzón, de 2 de agosto de 1913, por medio de la cual Rafael Cabrera C. vendió a Francisco Bonilla el potrero de Hueco del Tigre, que hubo por compra a Elena Cabrera de Téllez. (Fol. 17 del C. Nº 5).

10—Escritura Nº 51 de la Notaría del Agrado; de 20 de marzo de 1914, por la cual José M. Sánchez L. y Francisco Bonilla hacen esta permuta: Sánchez cede la propiedad que tiene sobre la finca de Potrerillo a Bonilla y éste en cambio su propiedad sobre el predio de Garrapata o La Argelia. (Fol. 31 del C. Nº 5).

11—Por escritura Nº 61 de 6 de abril de 1914, de la Notaría de El Agrado, José M. Sánchez L. vendió a Manuel Palomino la finca de La Garrapata o La Argelia que había permutado con Francisco Bonilla. (Fol. 29 del C. Nº 5).

12—Por escritura Nº 243 de la Notaría de La Plata, de 23 de diciembre de 1919, Francisco Bonilla vendió a Bernardino Palomino el potrero de Hueco del Tigre que había comprado a Rafael Cabrera C. (Fol. 14 del C. Nº 5).

13—Por escritura Nº 78 de 17 de abril de 1924, de la Notaría del Agrado, Bernardino Palomino vendió a Manuel Angel Palomino el potrero de que trata el punto anterior. (Fol. 12 del C. Nº 5).

14—Por escritura Nº 228 de la Notaría del Agrado, fechada el 27 de octubre de 1930, se hizo protocolización del juicio de sucesión de Manuel Angel Palomino. Constan allí las hijuelas formadas a la cónyuge Isabel Victoria de Palomino y a su único hijo José Manuel Palomino V., a quienes se adjudicó un derecho de $ 2.500.00 y $ 3.000.00, respectivamente, en los $ 5.500.- en que fueron avaluados la finca de La Argelia y el potrero de El Tigre. (Fol. 9 del C. Nº 5).

15—Por medio de la escritura Nº 408 de la Notaría de Garzón, de 28 de julio de 1943, la cónguge Isabel Victoria v. de Palomino vendió a su hijo José Manuel Palomino su derecho de $ 2.500.00 sobre las fincas de la Argelia y Tigrito. (Fol. 7 del C. Nº 5).

Dominio actual: De acuerdo con los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de El Gigante y Garzón, vistos a los folios 2, 3 y 5 del C. Nº 5, y con base en las tradiciones anteriormente relacionadas, aparece legalmente comprobada la propiedad actual del opositor José Manuel Palomino sobre la finca La Argelia y el potrero llamado El Tigrito.

Composición de Ambrosio de Suárez.

El contexto del documento existente en el Archivo Nacional acerca de esta composición dice así:

"Solicitud. "Nariz de Pijao, 5 pesos.—Ambrosio Suárez, vecino de esta ciudad, digo: que por vuestra merced se ha mandado que ocurramos a componer las tierras que hemos poseído y poseemos, en cuya consideración parezco a componer las que hube y compré a Pedro de Montealegre, que son un potrerillo que cae arrimado a la sierra de Nariz de Pijao, que lindan por el un lado con las tierras de la Cañada del Mene, que poseía el capitán Andrés Palomino; y por el otro lado lindan con las tierras de Ana González, corriendo desde la quebrada que llaman del Aguacatal, corriendo la falda de Nariz de Pijao hasta dar a la quebrada del Cachingo, lindando con un potrerito que posee Juan de Chávez, como consta de la escritura de venta que me hizo Pedro de Montealegre, de que hago manifestación, para que vista por vuestra merced, se sirva mandar se tasen para que yo acuda con lo que me tocare de composición....."

La petición fue admitida sin reparo alguno por el Gobernador don Francisco Alvarez de Velasco, según se expresa en decreto fechado en La

Plata el 14 de mayo de 1680, que dice en lo pertinente: "Por presentada la petición y demás instrumentos que refiere y se le repartan cinco patacones de composición, con más tres de media anata, y mando se le notifique al susodicho exhiba luego la dicha cantidad, para que yo el dicho Gobernador me haga cargo para el entero en la real caja y fecho se le despache el recaudo necesario con la inserción de la real cédula de su Majestad inclusa en mi comisión....."

Y a continuación aparece la constancia siguiente: "En la ciudad de La Plata en quince días de el mes de mayo de mil y seiscientos y ochenta años, Ambrosio Suárez exhibió cinco patacones por la composición de tierras contenida en el auto de suso, y los recibí yo el dicho Gobernador don Francisco Alvarez de Velasco, y de cuya exhibición y entrega me hago cargo para el entero de ello en la real caja....", y esta otra "Certifico yo Antonio López, juez de cobranzas reales, que recibí de Ambrosio Suárez tres patacones que se le repartieron por el real derecho de media anata, como aparece por el auto de suso y de ellos me hice cargo en el libro de este derecho y lo firmé en La Plata, en 15 de mayo de 1680....."

Determinación del inmueble. De acuerdo con las actas de inspección ocular a que se ha venido refiriendo esta Sala, fueron localizados los siguientes linderos de la composición de Ambrosio Suárez: Primeramente la quebrada del Neme o Mene, conocida hoy más comunmente con el nombre de La Cañada, quebrada que, según expresa el título transcrito, separaba el Potrerillo con las tierras que "poseía el capitán Andrés Palomino"; la quebrada del Aguacatal; la sierra llamada Nariz de Pijao, y, finalmente, una quebrada (zanja según los planos) llamada de Cachimba, que uniéndose a la de El Cabuyal va a formar más adelante la quebrada de El Salado, tributaria del río Páez.

Sobre estas bases, los señores peritos rinden su concepto acerca de la determinación de "El Potrerillo", en estos términos:

"De esta descripción se deduce que un lindero de dichas tierras estaba constituído por las propiedades que el capitán Andrés de Palomino tenía en La Cañada del Mene y que el lindero opuesto a éste estaba constituido por las tierras de Ana González, corriendo desde la quebrada del Aguacatal, por la falda Nariz de Pijao, hasta dar a la quebrada del Cachimbo lindando con un "potrerito" de Juan de Cháves. Para aclarar e identificar estos linderos buscamos en el expediente documentos que nos permitieran saber la ubicación de las tierras que poseía el capitán Andrés Palomino y Ana González, pero no los encontramos y por consiguiente hemos tratado de interpretarlos en la forma más lógica posible, como sigue: un lindero, La Cañada del Mene tal como fue establecido en la composición anterior (de Juan de Vargas Figueroa), otro lindero la quebrada del Aguacatal, otro lindero la falda de la serranía llamada Nariz de Pijao desde la quebrada del Aguacatal hasta la quebrada del Cachimbo; estos tres linderos no cierran el polígono y por lo tanto damos dos hipótesis sobre la posible forma de localizar el lindero que cierra esta composición, a saber: 1ª Una línea recta que partiendo de la desembocadura de la quebrada del Mene o Cañada en el río Páez vaya a encontrar la quebrada del Cachimbo, y 2ª) Una línea que siga la quebrada del Salado desde la quebrada del Cachimbo hasta su desembocadura en el río Páez y por éste aguas arriba hasta encontrar la desembocadura del Mene.

"Esta segunda hipótesis se basa en los linderos que encontramos en la escritura de fecha 3 de diciembre de 1708 que figura en el expediente en el documento Nº 36 que en la parte pertinente dice: "Lindan desde el desembaque de la quebrada del Mene subiendo la dicha quebrada arriba hasta la Angostura que señaló Lusia Perdomo por linderos suyo subiendo a ganar el alto del Alcaparrón y de allí corriendo por el bordo a dar a lindero de José de Vargas corriendo quebrada arriba a ganar la cuchilla de Nariz de pigau dando vuelta por el filo de la cuchilla a bajar a las casas de la ensillada y de allí siempre por el bordo subiendo alto dicho dematambo dando buelta por dicho bordo lindando con tierras de Pedro de Casanoba asta dar al río de pays subiendo por la orilla arriba a topar con el primer lindero...." Si se acepta la identificación de los linderos de esta composición en la forma que hemos indicado, y marcamos en los planos con una línea azul continua (primera hipótesis) y de rayas (segunda hipótesis), ella comprendería la superficie total de las fincas El Alcaparrón de José Eugenio Cabrera, El Totumo de Federico y Alejandro Cabrera, El Tigrito de José Manuel Palomino, Guasimal y Madroño de Roberto Silva, La Argelia de José Manuel Palomino, y Aguacatal de Clementina Castillo vda. de Suárez. Pero si se acepta la segunda hipótesis o sea la quebrada del Salado como lindero, la finca de Guasimal y Madroño quedaría comprendida en su totalidad dentro de esta composición y además incluiría la parte de la finca La Argelia que no

está comprendido en la composición de Juan de Vargas y Ambrosio Suárez en la primera hipótesis del lindero."

Concepto del Procurador Delegado. Al referirse a la identificación de las tierras compuestas por don Ambrosio Suárez, principia el señor Procurador Delegado en lo Civil por observar que cualquiera de los dos hipótesis planteadas en el dictamen pericial le darían a la mencionada composición una área aproximada de 1.700 hectáreas, lo que está en desacuerdo con el concepto de "Potrerillo" con que el mismo peticionario señor Suárez designó las tierras que él había adquirido de Pedro de Montealegre.

"La sola enunciación de tal desproporción —dice el representante de la Nación— demuestra incuestionablemente la absoluta falta de fundamentación del dictamen pericial con respecto a la identidad del predio compuesto en 1680 por Ambrosio Suárez."

Después de atacar el dictamen en cuanto a la identidad de la quebrada La Cañada, según se vió en el capítulo referente a las tierras de Juan de Vargas Figueroa, dice que también carece de fundamento la apreciación pericial respecto a la localización de la quebrada de Cachimbo, citada también como límite de la composición de Ambrosio de Suárez. Dice así el señor Procurador:

"b) También es infundado el concepto pericial en cuanto toma como quebrada de 'El Cachimbo' el Arroyo o los Chorros de Cachimba para establecer otro de los linderos de la composición de Suárez. La quebrada de El Cachimbo a que se refiere la composición está claramente dibujada en el plano, al occidente, en curso de sur a norte confundiéndose con la quebrada de La Cañada y dividiendo las composiciones de Ambrosio de Suárez y de Vargas Figueroa en tanto que el Arroyo o Chorros de Cachimba, a que se refieren los peritos, están dibujados al oriente de los llamados predios de Suárez (el aludido 'potrerillo'), desembocan en la quebrada de El Salado y con ésta tributan en el río Páez."

Se considera:

Ya se vió al estudiar la determinación de las tierras de don Juan de Vargas Figueroa, limítrofes con las de la composición de Ambrosio de Suárez, que de la inspección ocular y del dictamen pericial aparece satisfactoriamente explicado que la quebrada hoy conocida con el nombre La Cañada, es la misma que en las dos composiciones expresadas se indica con el nombre de El Neme.

Singulariza las tierras de Potrerillo el hecho de que "eae arrimado a la sierra de Nariz de Pijao." Esta sierra fue claramente identificada. Aplicando el contexto de la alindación transcrita anteriormente a los planos aducidos al juicio, ha hallado la Sala la siguiente interpretación de los linderos dados por Ambrosio de Suárez a sus tierras de El Potrerillo: Por el Norte, desde el desemboque de la quebrada del Aguacatal en la de La Cañada, quebrada del Aguacatal arriba hasta su nacimiento en las cercanías de la sierra Nariz de Pijao; por el Oriente, toda la sierra ya nombrada; Sur, una línea que partiendo del extremo sur de dicha sierra vaya a buscar la quebrada del Cachimbo que aparece dibujada en los planos como afluente de La Cañada; Occidente, quebrada de La Cañada, aguas arriba, desde el desemboque de la quebrada del Aguacatal hasta encontrar la mencionada quebrada de El Cachimbo. De esta suerte, el Potrerillo de que aquí se trata se proyecta hacia el sur, a partir de la quebrada del Aguacatal, y no hacia el Norte, como lo conceptuaron los peritos sin fundamento alguno.

De lo anterior, y dada la circunstancia de que en la inspección ocular no aparece la identificación de la quebrada de Cachimbo a que se acaba de aludir, surge la conclusión de que es infundado el dictamen de los peritos relativos a esta composición de tierras.

La deficiencia de la prueba sobre identificación del "Potrerillo" de Ambrosio Suárez, determina necesariamente el fracaso de la acción sobre dominio petrolífero de los opositores Roberto Silva, Compañía Ganadera del Remolino Ltda., Germán Méndez y Clementina Castilla v. de Suárez, y en consecuencia la Sala se ve relevada de avanzar por otros aspectos en el estudio de los respectivos títulos.

Conclusiones:

De todo lo expuesto hasta aquí se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Que está llamada a prosperar la acción declarativa del dominio privado del petróleo de que trata este juicio, en relación con los opositores Clemencia C. v. de Losada (hacienda de Buenavista), Dr. Tulio Rubiano y su esposa Josefina B. de Rubiano (finca de Comejenes), Mateo Trujillo (finca de La Zabaleta o Finlandia), Barbarita L. v. de Cuéllar (finca de Catalán), José Antonio Cuéllar Losada (potreros de El Fuego y Raspayuco); Griselda Cuéllar Losada (finca de Betania); José M. y Enrique Gómez

C. (subsuelo petrolífero de la finca El Tabor); Alejandro y José Eugenio Cabrera C. (globo proinidviso de Los Cauchos), el segundo de los nombrados Cabrera C. (lote de Los Cauchos y Las Olletas), por cuanto todos estos inmuebles formaron parte de las antiguas tierras de Yaguilga y Chimba, compuestas con su Majestad el Rey de España por don Ambrosio de Salazar en el año de 1680.

b) Que de igual modo prosperan las oposiciones formuladas por los señores Federico, Alejandro y José Eugenio Cabrera como dueños actuales de los potreros de El Alcaparrón y El Totumo (en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada La Cañada); y de los mismos y Milciades, Marco Tulio, y Abelardo Cabrera C. y Amelia C. de Rojas y Aura Rosa C. de Moncaleano, con respecto a los terrenos de la hacienda llamada La Cañada, en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada del mismo nombre; de José Manuel Palomino con relación a la finca de La Argelia o Garrapata (en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada La Cañada, y en la misma forma, respecto al Potrero de El Tigrito; y de Miguel Antonio Cabrera Lara, como dueño de la finca Santa Rosa, compuesta por los potreros de Juancho y Callejón, Mangafalsa e Injertal, inmuebles todos estos que provienen de desmembraciones del antiguo globo de tierras de Motilón, compuesto en el referido año de 1680 por el capitán Juan de Vargas Figueroa.

c) No ocurre lo mismo respecto a las oposiciones formuladas por la señora Clementina Castillo v. de Suárez (predio del Aguacatal), Roberto Silva (fincas de Guasimal, Madroño y La Loma), y la Compañía Ganadera de Remolino Ltda. y Germán Méndez (finca de La Aguada), por no haberse identificado satisfactoriamente el antiguo terreno llamado "Potrerillo" compuesto por Ambrosio de Suárez en el mismo año de 1680.

d) Ha quedado plenamente establecido en el juicio el hecho de que el área de la Propuesta No. 538 de la Compañía de Petróleos del Orinoco, a que se refieren las anteriores oposiciones, comprende la totalidad de la superficie de los inmuebles llamado Betania, Comejenes, El Tabor, Catalán, Hueco y Raspayuco, Zabaleta o Finlandia, Los Cauchos, Las Olletas y Los Cauchos y Las Olletas, Santa Rosa, La Cañada, El Totumo, El Alcaparrón, La Argelia y Tigrito, y parcialmente la de la hacienda de Buenavista.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

Primero: Es de pertenencia privada el subsuelo petrolífero de las siguientes fincas raíces situadas en jurisdicción de los municipios de Agrado y Paicol, del Departamento del Huila, y cuyas alindaciones se copiaron en la parte motiva de este fallo:

1—La hacienda llamada de Buenavista, y los lotes y potreros comprendidos dentro de la misma, llamados El Hueco, Montañas de Buenavista, Buenavista o Buenos Aires, dos lotes nombrados El Callejón, El Limón, Mesa del Pedernal y La Caparrosa y San Joaquín, de propiedad de la señora Clemencia Cabrera v. de Losada.

2—La finca de Catalán, de que es titular la señora Barbarita Losada v. de Cuéllar.

3—La finca nombrada Betania y los potreros integrantes de Mesalia, Los Cháux, La Loma, El Cachimbo, El Pajal, El Guadual, El Cháux y el lote El Lindero, de propiedad de la señorita Griselda Cuéllar Losada.

4—La finca denominada Finlandia (anteriormente Zabaleta), de propiedad de Mateo Trujillo.

5—La finca compuesta por los lotes llamados El Hueco y Raspayuco, de propiedad de José Antonio Cuéllar Losada.

6—La hacienda de Comejenes, de propiedad de los cónyuges Dr. Tulio Rubiano y Josefina B. de Rubiano.

7—La finca del Tabor, cuyo subsuelo se han reservado los señores Enrique y José María Gómez Campuzano.

8—El predio nombrado Los Cauchos, de propiedad de José Eugenio y Alejandro Cabrera C.

9—Los terrenos nombrados Los Cauchos y Las Olletas, de propiedad de José Eugenio Cabrera C.

10—La hacienda de La Cañada, en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada del mismo nombre, de propiedad de Federico, José Eugenio, Milciades, Alejandro, Marco Tulio y Abelardo Cabrera, Amelia C. de Rojas y Aura Rosa C. de Moncaleano.

11—El globo de terreno de 188 hectáreas situado dentro de la hacienda La Cañada, en la parte situada sobre la misma margen izquierda de la quebrada de es mismo nombre, de propiedad de Federico y Alejandro Cabrera C.

12—El potrero El Alcaparrón, en cuanto a la parte situada sobre la misma margen izquierda de la quebrada La Cañada, de propiedad de José Eugenio Cabrera C.

13—El potrero de El Totumo, en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada La

Cañada, de propiedad de Federico y Alejandro Cabrera.

14—La finca denominada Santa Rosa, de propiedad de Miguel Antonio Cabrera Lara.

15—La finca de La Argelia y el potrero El Tigrito, en la parte situada sobre la margen izquierda de la quebrada La Cañada, de propiedad de José Manuel Palomino.

Segundo: Absuélvese a la Nación de los demás cargos hechos en la demanda de oposición que ha sido materia de esta sentencia.

Tercero: No hay lugar a condenación en costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — NECESIDAD DE QUE EN ESTA CLASE DE JUICIOS CONSTEN CLARAMENTE LOS LINDEROS, UBICACION Y EXTENSION DE LOS TERRENOS DONDE SE ENCUENTRAN LOS PETROLEOS A QUE SE REFIERE LA PROPUESTA A LA CUAL SE OPONE EL ACTOR

De conformidad con las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, quienes se pretendan dueños del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, sólo tienen las siguientes oportunidades para que se defina la propiedad frente al Estado: 1), la del aviso de perforación con taladro, reglamentado por los artículos 6º y 7º de la Ley 160 de 1936, que tiene o puede tener dos etapas: la administrativa ante el Ministerio del ramo, y la judicial ante la Sala de Negocios Generales de la Corte "cuando el Ministerio, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga estime que es de la Nación el petróleo de que se trata"; y 2), la oportunidad que brindan las propuestas de contrato admitidas por el Ministerio, para que dentro de los términos legales, quien se pretenda dueño del petróleo que se encuentre en los terrenos comprendidos en la propuesta, formule oposición dentro de los sesenta días hábiles siguientes al cumplimiento de las formalidades prescritas en el inciso primero del artículo 5º de la misma Ley 160, o dentro de los dos años siguientes al vencimiento de dicho plazo (inciso final del mismo artículo). En virtud de esta especial regulación, no es libre el particular para escoger oportunidades o medios diferentes para iniciar las acciones referentes a la propiedad del petróleo, con prescindencia del AVISO o de la OPOSICION.

En consecuencia, como la posible superposición de áreas es precisamente lo que origina el conflicto de propiedades entre la del Estado a que se refiere la propuesta de contrato, y la del demandante que se pretende dueño del mismo petróleo; síguese de ahí que en un juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos, seguido contra la Nación, es necesario ante todo llevar copia auténtica de la Resolución del Ministerio en que fue aceptada la propuesta de contrato o presentar el Diario Oficial en que aquélla fue publicada, para conocer así la extensión, ubicación y linderos de los terrenos comprendidos en la propuesta, porque si con ésta no se invaden terrenos cuyo subsuelo petrolífero pertenezca al demandante, éste carece de interés legítimo para impedir la contratación de petróleos que no son suyos, porque con el contrato no se lesiona derecho alguno de que él sea titular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

—I—

En demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 10 de diciembre de 1946, los señores Pedro Delgado Gutiérrez, Florinda Delgado Gutiérrez, Obdulia Delgado de Sánchez, Romelia Martínez de Delgado, Ramón Delgado Delgado y Enrique Delgado Gutiérrez, pidieron que con audiencia del representante de la Nación, se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que de conformidad con las diligencias de remate verificadas en 4 de junio de 1794 a favor de don Juan Felipe Carvajal por la Junta de Temporalidades de Santafé —de que se ha hecho mérito en el punto primero de este escrito y en vista de los títulos y demás documentos complementarios que se dejaron relacionados antes— los terrenos determinados en el punto Tercero de este escrito y el subsuelo de los mismos, especialmente en cuanto al petróleo se refiere, son de propiedad privada de la Comunidad denominada "**Delgado Gutiérrez**", de la cual son condueños mis representados, por haber sa-

lido del patrimonio del Estado —Corona Española— con anterioridad de más de 70 años el 28 de octubre de 1873, y por no haber sido recuperados ellos, en todo o en parte, por la Nación con posterioridad a dicho título, por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal; y

"Segunda.—Que debe abstenerse la Nación de adelantar la propuesta de contrato que para explorar con taladro y explotar petróleo reputado como de la Nación presentó la Compañía de Petróleos de los Andes ante el Ministerio de Minas y Petróleos, registrada allí bajo el número 147 y publicada por tercera vez en el Diario Oficial Nº 25.832 de 1º de septiembre de 1944, y cedida luego a la "New Granada Oil Company", traspaso que fue aceptado por el Ministerio de Minas y Petróleos en providencia de 9 de noviembre de 1945, publicada en el Diario Oficial Nº 26.034 de 14 de enero del año en curso. (1946), en cuanto dicha propuesta se superpone en parte, o parcialmente, sobre los terrenos de propiedad privada de mis representados".

—II—

La demanda se funda en los siguientes hechos que se transcriben literalmente:

"1º—Que por remate verificado ante la Junta de Temporalidades de Santafé, y previo mandato del señor Virrey del Reino Don José de Espeleta, con fecha 4 de junio de 1794, el señor don **Juan Felipe Carvajal** adquirió del Gobierno Español la hacienda denominada **"Caribabare"**, sita en la Provincia de los Llanos, que fue de los padres de la Compañía de Jesús, expulsados a la sazón del país, en la cantidad de quince mil quinientos pesos ($ 15.500.00), a censo redimible y mediante fianza otorgada a satisfacción del Teniente-Oficial Real de la ciudad de Pamplona, y por los mismos linderos, inventarios y avalúos practicados en el año de 1.793 por don Feliciano Otero, Gobernador de la provincia de los Llanos, los cuales se realizaron por orden del Virrey del Reino. Tanto el remate, como los inventarios y avalúos, linderos y demás diligencias obradas para el otorgamiento del título correspondiente figuran originales y fueron protocolizados en la Notaría del Circuito de Nunchía (Boyacá) bajo la escritura pública número 28 de 26 de abril de 1878. Los linderos de la hacienda de **"Caribabare"** asignados en el remate antes dicho y que figuran en la escritura de protocolización referida, son los siguientes: "Desde la boca del río de Tame línea recta Norte-Sur a el de Chire, aguas arriba de éste a la quebrada de Maraure y por ésta hasta el pie de la Serranía; de aquí retrocediendo por todo el pie de la loma a dar al río de Tame, y discurriendo en seguida de sus corrientes hasta su unión con el Casanare, que es por donde se ha tomado su demarcación".

"2º—Que por decreto del señor Virrey de este Reino, don José de Espeleta, fechado en Santafé en 21 de junio de 1794, se **aprobó** el anterior remate y se ordenó a cualquiera de los Alcaldes Ordinarios de la ciudad de Chire que "luego vea su contenido (el de la provincia) con el remate de la hacienda de **"Caribabare"**, que fue de los padres expatriados, sita en la provincia de los Llanos, y como tal perteneciente al ramo de Temporalidades, que va inserto (el remate) el cual tengo **aprobado**...", ordenó, —digo— entregar y poner en posesión quieta y pacífica de la nominada hacienda al enunciado Carvajal (Juan Felipe) "con todos sus ganados, tierras, hatos, casas, muebles y demás utensilios pertenecientes a ella conforme a los inventarios y avalúos que practicó últimamente el Gobernador de aquella Provincia don Feliciano Otero, las cuales van por testimonio separado para el efecto, y a ellas se arreglará dicho Juez, para su entrega como también al remate, y condiciones en él contenidas..." Y se agregó: "Y por cuanto a hallarse **aprobado** el anunciado remate fecho en don Juan Felipe Carvajal de la consabida hacienda de **"Caribabare"**... y mediante a tener otorgada escritura subsidiaria para esto (fianza) según la certificación inserta, podrá este rematador usar de dicha hacienda, de sus frutos, hatos, potreros, etc. ... y así le tendrán por dueño de la consabida hacienda, y de todo lo a ella perteneciente, como que la ha comprado y adquirido en pública subasta, con justo y derecho título, como que el presente le servirá de tal, seguro...".

"3º—Que según aparece de las diligencias de reconocimiento, inventarios y avalúos de la precitada hacienda, materia del remate, llevados a efecto por el Gobernador de la Provincia de los Llanos, don Feliciano Otero, y verificados en el lapso comprendido entre el 17 de noviembre y el 6 de diciembre de 1.793, la mencionada hacienda de **"Caribabare"** estaba compuesta de los siguientes hatos: 1) "La Yegüera", comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Desde la desembocadura del caño de Manevito en el Casanare, aguas de éste arriba al pie de la serranía y sitio que llaman de la Tapa. De aquí Norte-Sur,

por el pie del mismo cerro a la quebrada de Maraure, aguas de ésta abajo al río de Chire hasta el sitio del Bototico, y de aquí retrocediendo línea recta al Norte a donde el dicho caño de Menevito desagua en el Casanare"; 2) "San Nicolás": "Desde el desaguadero del caño de Menevito en Casanare aguas abajo de éste hasta la boca del río de Tame, de aquí línea recta Norte-Sur al río de Chire, aguas arriba de éste hasta el sitio del Bototico último lindero de la Yegüera"; 3) "Tunapuna" (comprende hatos de "La Raya", "San Antonio" y el sitio de "Navarro"): "Desde el pie de la Serranía de Tame, aguas abajo del río de este nombre, hasta su embocadura en el de Casanare, aguas arriba de éste al pie de la Serranía, y sitio nombrado el aceite, y aquí volviendo al Norte hasta las orillas del citado río Tame".

"4º—Que con fecha 5 de julio de 1.794, en obedecimiento al Decreto del señor Virrey que así lo ordenaba, se expidió por la autoridad competente copia formal de las diligencias de reconocimiento, inventarios y avalúos que se practicaron en la hacienda de 'Caribabare', y que se hallan originales en los autos sobre la venta y remate de dicha hacienda. Con base en dichas diligencias y en el precitado decreto de recudimiento, en 20 de julio de 1.794, se dió principio a las diligencias de entrega y posesión de la referida hacienda, a favor del rematador Juan Felipe Carvajal, las cuales se verificaron por separado para cada uno de los hatos en que estaba dividido el susodicho inmueble, y terminaron el 9 de agosto del propio año (1.794), quedando así el rematador Carvajal en posesión plena y completa de las tierras correspondientes a la hacienda materia del remate.

"5º—Que por escritura pública (sin número) de 30 de Mayo de 1.801, otorgada ante el Alcalde Ordinario de la población de Santa Rosa de Chire, consta que con fecha 23 de diciembre del año de 1.800 don Juan Felipe Carvajal vendió a don Juan Francisco de Larrarte, el 'Hato de la Yegüeca', que ha sido una parte de la hacienda de 'Caribabare', en la cantidad de cinco mil quinientos pesos ($ 5.500.00), con todos sus ganados así señalados como orejones, reducidos y alzados, las yeguas de cría, caballos, casas, sementeras, etc., y juntamente con la tierra de dicho hato comprendida dentro de los siguientes linderos: "De la boca del caño de Mavenito en el río Casanare, Norte-Sur al sitio del Bototico, hasta la orilla del río Chire, de aquí tomando al poniente a la quebrada de Maraure a dar al pie de la serranía, de este paraje retrocediendo al Norte por el mismo pie de la loma hasta el río Tocoragua, aguas de éste abajo, a el de Casanare, y por allí a donde el dicho caño de Mavenito desagua".

"6º—Que por escritura pública (sin número) de 30 de mayo de 1.801, otorgada ante el Alcalde Ordinario de la población de Santa Rosa de Chire, consta que con fecha 14 de Enero de 1.801, don Juan Felipe Carvajal vendió al señor don Domingo Benítez la hacienda o "Hato de San Nicolás", con todos sus ganados, caballos, hatos y tierras, por la cantidad de diez mil quinientos pesos ($ 10.500.00) y cuyos linderos son: "Desde el desaguadero del caño de Mavenito en Casanare, aguas abajo de éste hasta la boca del río Tame, de aquí línea recta Norte-Sur, al río de Chire, aguas arriba de este último, linderos de La Yegüera y retrocediendo de aquí a buscar el caño de Mavenito"; y también consta que con fecha 15 de febrero del propio año (1.801) el mismo Carvajal vendió por partes iguales a los señores Domingo Benítez y Juan Francisco de Larrarte, los hatos de "La Raya" y "San Antonio", que han sido también parte de la hacienda de "Caribabare", con todos sus ganados, tierras y demás anexos, en la cantidad de cinco mil quinientos pesos ($ 5.500.-00), y comprendidos dentro de los siguientes linderos especiales: "De la orilla de Tocoragua, tomando al Norte por el pie de la loma a buscar el río de Tame, aguas de éste abajo hasta su unión con el Casanare, y dando vueltas por la corriente de este río, al Poniente, a dar a Tocoragua y por éste al pie de la loma".

"7º—Que por escritura pública (sin número) de 15 de febrero de 1.802, otorgada ante el Alcalde Ordinario de Chire, el señor Domingo Benítez vendió a Juan Francisco de Larrarte, la mitad de la hacienda o hato de "La Raya" o "San Joaquín" (debe ser "San Antonio"), con todo lo a ella anexo, que hubo en asocio del mismo Larrarte, por compra que hicieron a don Juan Felipe Carvajal el 14 de Enero de 1.801, por escritura otorgada ante el Alcalde de Chire, en cantidad de cuatro mil novecientos pesos ($ 4.900.00) y por los mismos linderos descritos para este hato en el punto Sexto precedente.

"8º—Que por escritura pública (sin número) de 20 de mayo de 1.825, otorgada ante el Alcalde Ordinario de Nunchía, el señor Joaquín Larrarte, en su propio nombre como hijo del finado señor Juan Francisco de Larrarte, y, además como apoderado especial, —según se hace constar expresamente por el respectivo funcionario— de su

madre la señora Ignacia Ortiz y Silvestre y de sus hermanos menores, de quienes es tutora y curadora su expresada madre, vendió al señor Coronel Juan José Molina, por medio de su apoderado el señor Rafael Pereyra, su yerno, las tierras y hatos de "Caribabare", hoy "San Ignacio" sitas en jurisdicción de la Parroquia de Tame y Betoyes y ciudad de Chire, de uno y otro lado del río Casanare, que adquirió su expresado padre Juan Francisco de Larrarte por compra que de ellas hizo el finado señor Juan Felipe Carvajal, y están comprendidas dentro de los términos y linderos que se expresan en las escrituras y títulos de propiedad que entrega al comprador, según reza la escritura comentada.

"9º—Que por escritura (sin número) de 3 de Noviembre de 1.837, otorgada ante el Juez Letrado de Pore, el señor **Juan José Molina** vendió a **Hermenegilda Rodríguez**, un globo de terreno que hace parte de la hacienda denominada "Caribabare" y dentro del cual se hallan los sitios nombrados antiguamente "Caribabare", "San Martín de Punapuna", "San Joaquín" o "La Raya" "San Ignacio". El globo general fue adquirido por el vendedor del señor **Juan Francisco de Larrarte** bajo la denominación de "San Ignacio", y era denominado antiguamente Hato de Caribabare. Dicha venta se hizo por los siguientes linderos: "por una parte tiene por límites el río de Tame donde se desuelga de la serranía al llano; tomando para el Sur por todo el pie de la serranía o cabecera del llano y siguiendo hasta dar al río Tocaragua, y por este aguas abajo hasta su desembocadura al río de Casanare, y después siguiendo por éste aguas abajo hasta embocadura o confluencia del río Tame al expresado Casanare; y últimamente siguiendo por el río Tame aguas arriba hasta dar con el primer lindero o cabecera del llano".

"10º—Que por escritura (sin número) de 25 de octubre de 1849, otorgada ante el **Juez Letrado** de la Parroquia de Moreno, **Bartolomé Domínguez**, como curador del menor **Marcelino Bernal**, vendió al señor **Bonifacio Gutiérrez** la mitad del derecho que le corresponde en las Sabanas de Saparay por herencia de sus finados padres Ubaldo Bernal y Hermenegilda Rodríguez, por los mismos linderos del punto precedente.

"11º—Que por escritura Nº 2 de 14 de Enero de 1.856, otorgada en Moreno, **José de los Angeles Molina** vende a **Bonifacio Gutiérrez el derecho** que le corresponde en las sabanas de "La Yegüera", como nieto legítimo del Coronel Juan José Molina.

"12º—Que según consta en el protocolo de la Notaría de Nunchía correspondiente a los años de 1.873 y 1.874, está incorporado en dicho protocolo el juicio de sucesión de **Bonifacio Gutiérrez**, cuyos herederos, entre otros, son: Ulises, María (mujer de Fernando Delgado) y Ramona Gutiérrez (viuda de Sánchez) los cuales fueron declarados legítimos herederos y adjudicatarios de los terrenos de Saparay y Hato de Corozal y demás bienes del causante, bienes adquiridos por éste en virtud de los títulos relacionados en los tres puntos precedentes.

"13º—Que la señora María Gutiérrez fue casada con Fernando Delgado y al morir la sucedieron sus hijos, entre otros, mis poderdantes Obdulia Delgado Gutiérrez (casada con Manuel Sánchez G., y **Enrique** Delgado Gutiérrez.

"14º—Que por escritura Nº 47 de 9 de agosto de 1.898, otorgada en la Notaría de Támara, **Ulises Gutiérrez** traspasó a **Emiliano Delgado** los derechos que le correspondieron por herencia de su padre Bonifacio Gutiérrez y vinculados en las Sabanas de "La Yegüera o Corozal". Los sucesores legítimos de **Emiliano Delgado** son sus nietos entre otros, **Ramón Delgado Delgado**, uno de mis poderdantes.

"15º—Que por escritura pública Nº 32 de 13 de junio de 1.856, otorgada en Moreno (hoy Notaría de Nunchía) **María Victoria Molina** traspasó a **Pedro del Carmen Gutiérrez** "el derecho que tiene en la Sabana nombrada de la Yegüera, ubicado en el Municipio de Chire, la que hubo y adquirió a título de herencia de su finado padre el señor Manuel Molina", por los siguientes linderos: "Desde el río Tocaragua por el pie de la serranía de Norte a Sur, a dar a la quebrada de Maraure, por el mismo pie de la serranía, de ésta aguas abajo hasta entrar al río de Chire viejo aguas abajo, de éste hasta el rincón del Yopito y de éste de travesía al río de Casanare aguas arriba hasta las bocas del Tocaragua, de éste arriba hasta el primer lindero".

"16º—Que por escritura pública Nº 33 de 14 de Junio de 1.856, otorgada en Moreno (hoy Notaría de Nunchía) **Ignacio Vargas Gaitán** traspasó a **Pedro del Carmen Gutiérrez** "los derechos de tierras que los menores Francisco y Manuel Molina tenían por herencia paterna en la Sabana de "La Yegüera", jurisdicción de Chire, que se le remataron el día 12 del presente mes".

"17º—Que a la muerte de **Pedro del Carmen Gutiérrez** le sucedieron en el dominio y posesión de los terrenos denominados "La Yegüera o Corozal", "La Raya" o "San Antonio", "San Joa-

quín" y "San Ignacio", conocidos también con el nombre de hacienda de "Caribabare", a que se ha hecho referencia en los puntos precedentes, sus hijos, entre los cuales se mencionan: Pedro César, José María y Rosa (casada con Tirso Delgado). El juicio de sucesión del mencionado **Pedro del Carmen Gutiérrez** se protocolizó en la Notaría de Nunchía en el año de 1.878.

"18º—Que en el año de 1.893, se protocolizó en la Notaría de Nunchía el juicio de sucesión de **Tirso Delgado**, y en él fueron declarados herederos y se les adjudicaron los bienes del causante, entre los cuales figuran los terrenos relacionados en el punto precedente, a sus hijos Pedro y Florinda Delgado Gutiérrez (mis poderdantes); Rosa Delgado Gutiérrez (casada con Víctor Robin) a quién heredó por derecho de representación su hijo Víctor Robin Delgado; Teodolinda Delgado Gutiérrez (casada con Gregorio Martínez) y en cuyo matrimonio hubo una hija llamada Romelia Martínez Delgado (mi poderdante); Fernando Delgado Gutiérrez (casado con María Gutiérrez), y Pompilio Delgado Gutiérrez.

"19º—Que por escritura Nº 9 de 4 de septiembre de 1.914, otorgada en la Notaría de Támara, se protocolizó el juicio de sucesión de **Pedro César Gutiérrez** (punto décimo séptimo) y en él fueron declarados herederos y se les adjudicaron los bienes del causante, vinculados en los terrenos a que se ha venido haciendo referencia en los puntos anteriores, a sus sobrinos Pedro, Florinda y Pompilio Delgado Gutiérrez; Rosa Delgado Gutiérrez (casada con Víctor Robin Delgado); Fernando Delgado Gutiérrez, representado por su esposa María Gutiérrez y por sus hijos, entre otro, Obdulia y Enrique Delgado Gutiérrez (mis poderdantes).

"20º—Que por escritura pública Nº 35 de 19 de diciembre de 1927, otorgada en la Notaría de Támara, se protocolizó el juicio de sucesión de **Fernando Delgado Gutiérrez** (hijo de Tirso Delgado y Rosa Gutiérrez) y en él consta que fueron reconocidos como herederos y se les adjudicaron los bienes del causante, vinculados en los terrenos a que se viene haciendo referencia, a su esposa María Gutiérrez, y a sus hijos Obdulia Delgado Gutiérrez de Sánchez y Enrique Delgado Gutiérrez (mis poderdantes).

"21º—Que por escritura pública Nº 13 de 22 de Abril de 1.926, otorgada en la Notaría de Támara, **Pedro Delgado Gutiérrez** traspasó a **Ramón Delgado** "los derechos y acciones que le correspondían por herencia de su finado padre Tirso Delgado en las Sabanas de Corozal, San Nicolás, y Saparay" (Punto Décimo Octavo).

"22º—Que por escritura pública Nº 1.681 de 5 de Octubre de 1.938, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, los herederos legítimos del señor **Jorge Vergara P.**, quien había comprado de los restantes herederos y sucesores del Coronel Juan José Molina sus derechos en las mencionadas tierras, trasfirieron a **Pedro, Florinda y Pompilio Delgado Gutiérrez, Obdulia Delgado de Sánchez, Romelia Martínez de Delgado y Enrique Delgado Gutiérrez**, entre otros, derechos vinculados en el predio denominado Sabanas de "La Yeguera", ubicado en jurisdicción del Municipio de Chire, cuyos linderos especiales no se mencionan por estar en común este predio con los de los demás partícipes o dueños de dichas sabanas, pero declaran que los linderos generales de esta Sabana, entre los cuales se hallan las llamadas de "El Corozal" y los de las Sabanas de "San Nicolás", con la cual limitan por el lado del oriente, son: "por el Norte, desde el punto que el río Tocaragua cae al llano al pie de la loma de la Laguna, dicho río abajo a dar al Casanare; éste aguas abajo hasta las bocas del río San Ignacio; por el Oriente, desde estas bocas en dirección Norte-Sur al río Chire en línea recta; por el Sur, todo este río arriba a dar a la boca de la quebrada llamada Marsure; ésta aguas arriba a dar al pie de la loma del Palote; y por el Occidente, desde este último punto por todo el pie de la serranía de Palote en línea recta a dar al primer lindero".

"23º—Que por escritura pública Nº 28 de 17 de mayo de 1944, otorgada en la Notaría de Arauca, se protocolizó el juicio de sucesión de **Pompilio Delgado Gutiérrez** (puntos Décimo Octavo, Décimo Noveno y Vigésimo Segundo) y en él fueron declarados herederos y se les adjudicaron los bienes del causante, entre los cuales figuran su cuota parte en los terrenos a que se ha venido haciendo referencia en los puntos anteriores, a sus hermanos Florinda y Pedro Delgado Gutiérrez; Víctor Robin Delgado, por derecho de representación de su madre Rosa Delgado de Robin, y Enrique Delgado Gutiérrez y Obdulia Delgado de Sánchez, por derecho de representación de su padre Fernando Delgado.

"24º—Que por escritura pública Nº 27 de 18 de Junio de 1910, otorgada en la Notaría del Circuito de Támara, se protocolizó la Resolución Nº 82 de 26 de septiembre de 1912 de la Gobernación del Departamento de Boyacá, por la cual, previo el trámite administrativo correspondiente

en virtud del cual se estudiaron los títulos de propiedad respectivos para establecer si los garceros existentes en los terrenos denominados Sabanas de "San Nicolás" y de "La Yegüera" o "Corozal", estaban o no comprendidos dentro de la excepción de que trata el artículo 9º de la Ordenanza Nº 13 de 1911 de la Gobernación de Boyacá, es decir, si los terrenos en los cuales se encontraron garzeros eran de propiedad particular o privada, se declaró lo siguiente: "Decláranse como no comprendidos en las Rentas de Garceros establecida por la Ordenanza 13 de 1.911, por ser propiedad de los señores Pedro, Simón y Florinda Delgado y María G. de Delgado los que existen en los puntos llamados San Nicolás y Saparay dentro de los linderos ya expresados...". En dicha Resolución figuran los siguientes considerandos, entre otros, que son dignos de tomarse en cuenta:

"1)—Que de la documentación adjunta aparece que los solicitantes (los señores Delgado y Gutiérrez Delgado) denunciaron como de su propiedad dichos garceros y especificaron los linderos de los terrenos dentro de los cuales se encuentran". Tales linderos son: "por el Norte, con el río Tame desde el pie del cerro aguas abajo hasta la desembocadura del río Casanare; por el Oriente, sabanas baldías, línea recta Norte-Sur, desde este punto al río Chire; por el Sur, el río Chire hasta donde desemboca el caño Maraure y éste aguas arriba hasta el pie del cerro; y por el Occidente, el pie del cerro desde el caño Maraure hasta el río Tame, punto de partida". Y consta que los terrenos antes nombrados están en jurisdicción de los Municipios de Chire y Manare.

"3). Que de los títulos que se acompañan resulta comprobado claramente que los terrenos o Sabanas denominados San Nicolás, Corozal o Yegüera y Saparay, conocidos antiguamente con los nombres de "Caribabare", "La Raya" y "San Antonio", que se hallan comprendidos dentro de los linderos ya expresados, son de propiedad de los peticionarios y demás sucesores de Pedro del Carmen y Bonifacio Gutiérrez, y por consiguiente sólo ellos o las personas a quienes les trasmitan sus derechos pueden explotar los garceros que allí existen".

"2º—Que según consta de copia auténtica expedida por el Secretario de la Prefectura de Casanare, con fecha 17 de Marzo de 1.927, a ese Despacho, previa inspección ocular practicada para el reconocimiento de los terrenos de "San Nicolás" y "Yegüera" o "Corozal", pertenecientes a la Comunidad denominada Delgado-Gutiérrez y después de haber estudiado los títulos de propiedad de dichos señores para establecer su dominio privado frente al Estado, con ocasión del cierre o impedimento de una servidumbre de tránsito por dichos terrenos, en sentencia de 11 de marzo de 1926, fechada en Nunchía, resolvió:

"Prohíbese como medida preventiva, el paso de ganado vacuno y caballar extraño por los terrenos de la comunidad Delgado-Gutiérrez, ubicados en jurisdicción del Municipio de Manare, y alinderados así: "por el Norte, con el río Casanare tomando como punto de partida el puerto de San Salvador, río abajo hasta encontrar la desembocadura del río San Ignacio;" por el Oriente, desde la confluencia de este río línea recta Norte-Sur a dar al río Chire; por el Sur, de éste aguas arriba hasta la desembocadura de la quebrada Manare subiendo hasta encontrar el camino nacional que de la Comisaría de Arauca atraviesa por jurisdicción del Municipio de Tame, pasando por el hato de Corozal, Chire a dar a Moreno". Para dictar la providencia comentada, la Prefectura tuvo en cuenta no solamente los títulos de propiedad de los Delgado Gutiérrez, que abarcan un período comprendido entre los años de 1.794 y 1.926, sino otras providencias y resoluciones de carácter oficial, tales como la Resolución Nº 82 de 1.912, en la cual se expresa que "aparece que aquella superioridad (la Gobernación de Boyacá) en virtud de una litis entre el Gobierno y uno de los peticionarios, reconoció a la comunidad Martínez, Delgado, Gutiérrez, como legítimos dueños de los terrenos situados en jurisdicción del Municipio de Manare y comprendidos dentro de los linderos a que aluden los peticionarios, lo que corrobora que los títulos que poseen éstos están ajustados a la ley y que, por consiguiente, dichos terrenos pertenecen a la Comunidad y no al Estado, ni a colonos ni a cultivadores". Es decir, que la comentada sentencia reconoció que los terrenos de que aquí se trata no son baldíos sino de propiedad privada o particular de sus legítimos dueños los señores Delgado-Gutiérrez, a la sazón sucesores de los primitivos adquirentes. Esta sentencia se halla, por lo demás ejecutoriada y contra ella no cabe recurso de ninguna especie.

"2º—Que tanto en la época colonial, como en los tiempos de la República y aún en la actualidad, mis representados y sus antecesores, por sí o por medio de administradores, arrendatarios etc., han ejecutado actos de verdadero dominio y posesión; han verificado actos a que sólo da derecho el dominio, tales como cultivos de pastos y

otros productos agrícolas, cría, levante y ceba de ganado vacuno y caballar, etc., y celebrado contratos de exploración y explotación petrolífera sobre el subsuelo de tales terrenos, ejercitando así desde época inmemorial el derecho de propiedad sobre el suelo y subsuelo de los terrenos a que se refiere la presente demanda.

"27º—Que no obstante lo anteriormente expuesto, la "Compañía de Petróleos de los Andes" presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos propuesta para la celebración de un contrato de exploración y explotación que reputa como de propiedad nacional sobre un globo de terreno de 98.040 hectáreas, situado en jurisdicción de los Municipios de Manare y posiblemente tocaría, en el Departamento de Boyacá, y el de Tame en la Comisaría de Arauca, propuesta aceptada en el mencionado Ministerio por Resolución de 20 de enero y confirmada por la de 19 de julio del año de 1.944, registrada allí bajo el número 147 y publicada por tercera vez en el Diario Oficial Nº 25.632 de 1º de septiembre de 1944; globo de terreno que se sobrepone en parte a los terrenos antes alinderados.

"Los linderos de la supradicha propuesta tomados del Diario Oficial arriba citado, páginas 850 y 851, son los siguientes:

"Como punto de referencia se ha tomado una pilastra de concreto sobre la cual se hicieron las observaciones para la determinación de coordenadas astronómicas, quedando fijado este punto con las siguientes coordenadas: Latitud, 6º, 27' 59. 8" Norte. Longitud 71º 43' 49.5" Oeste de Greenwich. Del punto de referencia mencionado se sigue al Sur por una distancia de quinientos (500) metros, hasta dar al punto marcado en el plano con la letra F., punto de partida de la alinderación (1). Del punto F se sigue en línea recta por una distancia de cinco mil ochocientos diez metros (5.810 metros) con rumbo Este, hasta dar al punto marcado en el plano con la letra A (2). Del punto A se continúa en línea recta por una distancia de cuarenta y ocho mil seiscientos treinta y ocho metros (48.638 mts.), con rumbo Sur trece grados cinco minutos Oeste (S. 13º 05' W), a dar al punto marcado en el plano con la letra B (3). Del punto B anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil setecientos diez metros (27.710 mts.) con rumbo Norte cincuenta y cuatro grados tres minutos Oeste (N. 54º 03' W), hasta dar al punto marcado en el plano con la letra C (4). Del punto C anterior se continúa en línea recta por una distancia de seis mil quinientos cuarenta y nueve metros con sesenta centímetros (6.549,60 mts.) con rumbo Norte hasta dar al punto marcado en el plano con la letra D (5). Del punto D anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil cuatrocientos ochenta y nueve metros (27.489 mts.) con rumbo Norte veintiseis grados cuarenta y dos minutos Este (N. 26º 42' E.), hasta dar al punto marcado en el plano con la letra E (6). Del punto E. anterior se continúa en línea recta por una distancia de quince mil doscientos ochenta metros con ochenta y dos centímetros (15.280,82 mts.) con rumbo Este, hasta dar al punto F. de partida. Todos los rumbos descritos se refieren al meridiano astronómico o verdadero".

"28º—Que la propuesta a que se ha hecho referencia en el punto precedente fue traspasada por la Compañía de Petróleos de los Andres a favor de la "New Granada Oil Company", traspaso que fue aceptado por el Ministerio de Minas y Petróleos en Resolución de fecha 9 de noviembre de 1.945, cuya publicación corre hecha en el Diario Oficial Nº 28.034 de 16 de Enero de 1.946, páginas 213 y 214; siguiéndose, en consecuencia, la tramitación de la propuesta con la Compañía cesionaria, la que como es lógico, toma para sí la propuesta en el estado en que se encuentra el verificarse la cesión.

"29º—Que el terreno a que se contrae la anterior propuesta se sobrepone, en parte, a aquellos que son de propiedad particular o privada de la parte que represento".

—III—

El Tribunal de Santa Rosa, en sentencia de fecha dos de abril de 1951, "en atención a que no está probado uno de los principales presupuestos de la acción incoada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda y en consecuencia, absuelve a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo base de la acción".

En la parte motiva de la sentencia se dice que "el actor insistió en anotar que el objeto de la demanda no es otro que el de cumplir con el requisito procedimental exigido por el inciso final del artículo 5º, de la ley 160 de 1936 por no haberse presentado ante el Ministerio de Minas y Petróleos la oposición de que trata el segundo inciso de la misma disposición, y también para que, de una vez por todas, se reconozca a favor de los demandantes sus derechos de propiedad sobre el

subsuelo de los terrenos referidos en la demanda y se les respete tal derecho en forma definitiva".

Dice el Tribunal que "obra en autos la prueba de la existencia de un título básico emanado del Estado, como son las diligencias del remate verificado el 4 de junio de 1794 a favor de don Juan Felipe Carvajal, por la junta de Temporalidades de Santa Fé, y de consiguiente puede afirmarse que el dominio de los vastos territorios que en dicho remate se anotaron, salió del control del Estado conforme a la legislación imperante en tal época"; pero no se produjo prueba pericial para la determinación de los terrenos ni la conducente a la demostración de que la Compañía de Petróleos de los Andes hubiera formulado propuesta de contrato al Ministerio de Minas y Petróleos para "que conociendo los linderos de ésta a saber-"si parte al menos de dichos terrenos se superpone sobre los que dice la parte demandante que le pertenece".

Concluye el Tribunal: "Están por demostrar con fehacientes medios probatorios estos tres puntos esenciales: 1), la identificación, sobre el terreno, de los linderos de la antigua hacienda de Caribabare; 2), que la parte demandante o sea la comunidad Delgado-Gutiérrez, es dueña y poseedora de la totalidad o parte de esos terrenos; y 3), que el globo de terreno materia de la propuesta que al Ministerio de Minas le formulara la Compañía de Petróleos de los Andes, se superpone en determinado número de hectáreas a los inmuebles de la supradicha comunidad Delgado Gutiérrez".

—IV

Ante la Corte se ha surtido el trámite legal correspondiente a esta clase de juicios y citadas las partes para sentencia, ellas no concurrieron a la audiencia señalada para el día 12 de abril en curso. Debe anotarse que en el largo lapso transcurrido desde la iniciación del juicio hasta hoy hubo varias suspensiones y restituciones de términos, debidos a la situación de orden público en los Llanos Orientales que por algún tiempo hizo imposible la práctica de algunas pruebas.

Atendiendo a la fecha en que fue iniciado, el presente juicio se rige por las disposiciones de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, según las cuales, quienes se pretendan dueños del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, sólo tienen las siguientes oportunidades para que se defina la propiedad frente al Estado: 1), la del aviso de perforación con taladro, reglamentado por los artículos 6º y 7º de la ley 160 de 1936, que tiene o puede tener dos etapas: la administrativa ante el Ministerio del ramo, y la judicial ante la Sala de Negocios Generales "cuando el Ministerio, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que se trata"; y 2), la oportunidad que brindan las propuestas de contrato admitidas por el Ministerio, para que dentro de los términos legales, quien se pretenda dueño del petróleo que se encuentre en los terrenos comprendidos en la propuesta, formule oposición dentro de los sesenta días hábiles siguientes al cumplimiento de las formalidades prescritas en el inciso primero del artículo 5º de la misma ley 160, o dentro de los dos años siguientes al vencimiento de dicho plazo (inciso final del mismo artículo). En virtud de esta especial regulación, no es libre el particular para escoger oportunidades o medios diferentes para iniciar las acciones referentes a la propiedad del petróleo, con prescindencia del aviso o de la oposición.

En este juicio, los actores sostienen que la Compañía de Petróleos de los Andes presentó una propuesta para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en terrenos situados en los Municipios de Manare y Tocaría, la cual —dicen los demandantes— fue aceptada en el Ministerio por Resoluciones de 20 de enero y 19 de julio de 1944, propuesta registrada bajo el Nº 147, publicada por tercera vez en el Diario Oficial del 1º de septiembre del mismo año, y "que el terreno a que se contrae la anterior propuesta se sobrepone, en parte, a aquellos que son de propiedad particular o privada" de la comunidad Delgado Gutiérrez, (hechos 27 y 28).

Y no obstante, los actores no trajeron al juicio la prueba de estos hechos, así fuera mediante copia auténtica de las respectivas resoluciones del Ministerio del ramo, o con la presentación del Diario Oficial en que aquéllas fueron publicadas, según afirma el mismo apoderado de los actores. Tan sólo se encuentra en el expediente el certificado expedido el 21 de noviembre de 1946 por el Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos (C. 1. f. 40) que dice:

"En cumplimiento de lo dispuesto en el auto anterior, el suscrito Secretario General del Ministerio, certifica: Que según constancia expresa que existe en el expediente contentivo de la propuesta de contrato sobre exploración y explotación presentada por la Compañía de Petróleos de los Andes, registrada bajo el Nº 147, los sesenta

días hábiles para oponerse a ella vencieron el día 26 de diciembre de 1944. Por lo tanto, los dos años para demandar en juicio ordinario, según el inciso 5º del artículo 2º de la ley 160 de 1936, vencen el día 26 de diciembre del presente año (1946)".

Como se ve, este certificado no contiene dato alguno sobre extensión, ubicación y linderos de los terrenos comprendidos en la propuesta de modo que no hay base alguna para estudiar la posibilidad de superposición de áreas, que es precisamente lo que origina el conflicto de propiedades entre la del Estado a que se refiere la propuesta de contrato, y la de los demandantes que se pretenden dueños del mismo petróleo. De aquí, de este conflicto, es en donde se origina el interés jurídico de los actores, porque si con la propuesta no se invaden terrenos cuyo subsuelo petrolífero pertenezca a éstos, carecen de interés legítimo para impedir la contratación de petróleos que no son suyos, porque con el contrato no se les lesiona ningún derecho de que sean ellos titulares.

Es tan trivial la regla de derecho probatorio de que al actor incumbe probar los hechos en que funda su acción, que apenas requiere ser enunciada, y si a ello se agrega la imposibilidad en que, según lo dicho, estaría el juzgador para un juicio comparativo entre el área de la propuesta y la pretendida por los demandantes, se llega a la conclusión de que esto sólo bastaría para el fracaso de la acción. No habría entonces necesidad de recalcar en la ausencia de una prueba pericial tendiente, como es de rigor en estos juicios, a determinar con precisión los terrenos que fueron rematados en la época colonial ante la Junta de Temporalidades de Santa Fé y a establecer la circunstancia decisiva de que la propuesta abarca la totalidad o una parte de aquellos terrenos. Basta decir que tal prueba no se produjo en el juicio, aunque se pidió y decretó en la segunda instancia.

Carece, por tanto, de objeto emprender en el estudio de los documentos traídos al juicio para demostrar la actual propiedad de los demandantes o sus derechos en la llamada comunidad Delgado Gutiérrez en el período de la prescripción extraordinaria contado este hacia atrás a partir de la fecha de presentación de la demanda hasta la sucesión de Pedro César Gutiérrez (C. 1, fls. 27 y 41). Sólo debe anotarse que tampoco se trajo el certificado del correspondiente Registrador de Instrumentos Públicos sobre suficiencia de los títulos y vigencia actual de sus respectivos registros. Por lo demás, a estas mismas conclusiones llegó el Sr. Procurador Delegado en lo Civil, en su vista fiscal.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo con fecha dos de abril de mil novecientos cincuenta y uno.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Luis Enrique Cuervo. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Roberto Goenaga.—Néstor Pineda. —Jorge García Merlano, Secretario.

NO SON MERAS FALTAS CONTRA LA DELICADEZA Y EL DECORO PROFESIONALES AQUELLAS QUE IMPLIQUEN UN QUEBRANTAMIENTO DE DISPOSICIONES EXPRESAS EN QUE LA LEY SEÑALA LIMITES QUE NO PUEDE TRASPASAR EL ABOGADO SIN HACERSE RESPONSABLE DE INFIDELIDAD PARA CON SU CLIENTE EN EL DESEMPEÑO DEL ENCARGO

1—Reafirma la Corte su doctrina de que "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 ese 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".

2—Para que el abogado ejercite cumplidamente la facultad para transigir que se le otorga en una cláusula de estilo, y así se dice porque ella suele estipularse en todos los poderes para pleitos, a causa de la confianza que exige el abogado y que en él depositan los clientes, debe hacer antes las diligencias conducentes y necesarias a fin de cerciorarse de que los términos en que vaya a concretarse el pacto, sean plenamente conocidos por el poderdante; de lo contrario se expondrá a que su conducta se juzgue inspirada más en la protección de sus honorarios que en la defensa de los derechos e intereses del cliente que se puso en sus manos. Si tal conducta pudiera pasar como correcta, se arruinaría la confianza que en todo tiempo deben inspirar los abogados.

3—Como la ley ha consagrado el principio de que las faltas leves sólo tocan con el quebrantamiento del decoro y la delicadeza profesionales, habrá de entenderse que con faltas graves sólo se atenta contra la moral en sentido estricto, sobre todo por existir la definición del artículo 15 de la Ley 69 de 1945, el cual se refiere al 10º de la Ley 21 de 1931, cuyo último ordinal expresa que es causa para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión "el haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional a juicio del tribunal respectivo". Esto equivale a reconocer el ARBITRIUM JUDICIS para la calificación de tales faltas.

4—No son meras faltas contra la delicadeza y el decoro profesionales aquellas que impliquen un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado sin hacerse responsable de infidelidad para con su cliente en el desempeño del encargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

Al presente negocio no se le pudo dar evasión cuando pasó por primera vez al despacho, porque la providencia consultada llegó sin la firma del Secretario del Tribunal: mas una vez subsanada esa deficiencia, la cual se anotó en resolución del 18 de enero último, vuelve a la Corte este expediente para que se revise el sobreseimiento definitivo que profirió el Tribunal Superior de Medellín el 15 de julio de 1954, relativo a las faltas que le imputó el señor Pioquinto Franco al abogado doctor Guillermo Rojas Ospina, y que se dicen cometidas por éste en el ejercicio de su profesión, cuando manejaba el asunto judicial de que se tratará en seguida. Agotados los trámites propios de la segunda instancia se procede a resolver lo pertinente, considerando:

El cargo principal que se hace al abogado consiste en que éste, sin informar previamente al in-

teresado de los términos en que el arreglo iba a realizarse, transigió el negocio de que se había hecho cargo el doctor Rojas Ospina. Era un reclamo contra el señor Carlos Zimerman para obtener la indemnización de los perjuicios sufridos por Pioquinto Franco cuando ejecutaba algunas obras en edificio de propiedad de Zimerman; perjuicios que estimaba el demandante en la cantidad de $ 5.700.00.

Para obtener el concurso del doctor Rojas Ospina y recibir el poder de Pioquinto Franco, actuó como intermediario un señor llamado Gregorio Cardona, a quien la sentencia consultada considera como inspirador de la presente acusación y califica de "sujeto de endeble moral", por los malos antecedentes de que adolece.

Cardona no sólo no relacionó directamente a Pioquinto Franco con su abogado, sino que parece se negaba a conducirlo a la casa del cliente, pretextando que éste vivía en un barrio muy apartado del centro de la ciudad de Medellín.

En todo caso el poder se otorgó al doctor Rojas Ospina; pero se ignora el monto de los honorarios pactados y la manera de pagarlos al doctor Rojas Ospina: pues al paso que Gregorio Cardona y Pioquinto Franco sostienen haberse ajustado por la cantidad de $ 40.00, el doctor Rojas Ospina considera hasta irrespetuoso para su dignidad profesional admitir la estipulación de aquella cantidad; y asevera que él se obligó a trabajar por la cantidad fija de $ 500.00, cuya mitad exigió se le pagara por anticipado y el resto al terminar el juicio. En el poder que firmó Pioquinto Franco, redactado en términos amplios, se insertó la cláusula usual de las facultades para transigir, sustituir, desistir y recibir.

Surtido el juicio ante el Juzgado 1º del Trabajo de Medellín, fue fallado con fecha 17 de agosto de 1950 en sentido totalmente desfavorable a las pretensiones del actor, por no haber probado éste el contrato de trabajo que lo ligara con el demandado.

La misma sentencia ordenaba su consulta en cumplimiento de lo que disponen las leyes sobre trabajo.

Afirma la acusación que el abogado transigió a espaldas de Pioquinto Franco y trató de ocultar por algún tiempo la transacción, pactada por el doctor Rojas Ospina, a nombre de Pioquinto Franco, con el doctor Carlos Restrepo Restrepo, apoderado de Zimerman, por la cantidad de $ 300.00 que recibió Rojas Ospina y retiene en su poder. Se afirma también que la parte demandada por Pioquinto Franco había propuesto anteriormente arreglo por la cantidad de $ 600.00 y ello no fue aceptado.

En sus descargos el doctor Rojas Ospina se expresa así:

"Colocada mi persona frente al fallo tan sólido e inatacable proferido en el juicio social de que me hice cargo, interpuse contra él apelación, con el fin de crear en la contraparte ambiente favorable y propicio para una transacción, y evitar en esta forma una derrota total.

"Efectivamente, me puse al habla con el doctor Carlos Restrepo una vez que hube apelado, y alcancé con éste una transacción del pleito, por la suma de trescientos pesos ($ 300.00), suma que dicho profesional se abstuvo de entregármela hasta tanto el suscrito presentara al Juzgado respectivo el correspondiente memorial de desistimiento y le firmase el recibo que obra en estas diligencias, el cual da cuenta del arreglo verificado. En este punto, el Dr. Carlos Restrepo, apoderado del demandado, cumplió a cabalidad sus deberes de mandatario judicial, porque es bien entendido y humano que las partes al hacer una transacción se aseguren bien, ya que con ella desean evitarse más mortificaciones y acabar con el pleito. Esta fue la razón que tuvo el Dr. Restrepo para exigirme el memorial de desistimiento del juicio y que el suscrito presentó al Juzgado.

"Esta transacción es válida y legal, porque la autoriza el Código Sustantivo del Trabajo, art. 15. También la autoriza el código de procedimiento laboral, porque la consulta se surte es cuando no se interpone contra la sentencia que sea totalmente adversa al trabajador, el recurso de apelación. Ello quiere decir que si el recurso se interpuso, entonces ya no cabe el de la consulta. La ley autoriza el desistimiento y la transacción para toda clase de juicios, excepto los penales.

"Recibida por mí la suma expresada, valor de la transacción, la cual tengo consignada en el Banco Industrial Colombiano de esta ciudad y que pondré a su disposición H. Magistrado, si así Ud. me lo exige —informé en mi oficina al señor Gregorio Cardona todo lo relativo a dicha transacción. Dicho señor me exigió que le entregase el valor de ella, o sea, los trescientos pesos, para él llevárselos a don Pio Quinto Franco, a quien yo todavía no conocía, porque no había llegado a ir a mi Oficina. Yo me negué a entregarle a Gregorio Cardona la mencionada suma, en atención a estas tres razones: Primera. Porque ya conocía sus pésimos antecedentes y dudé de él. Segunda.

Porque mi poderdante Pío Quinto Franco, que yo todavía no conocía, no me había autorizado ni en forma verbal ni escrita para entregar ese dinero a Cardona. Y Tercera. Porque ni Cardona ni Franco me habían dado un solo centavo como remuneración de los servicios prestados por mi en el juicio; y porque el señor Cardona categóricamente me dijo que no me reconocía ni un solo centavo por razón de honorarios dizque porque yo había perdido el pleito.

"En tales condiciones, consideré prudente para la defensa de mis derechos, Honorable Magistrado, hacer uso del derecho de retención de esos $ 300.00 hasta tanto mi poderdante se allane a pagarme mis honorarios de abogado, ya que nada se me ha dado por este concepto, ni nada se me quiere reconocer. Al hacer la retención, me fundé en el art. 2188 del C. C. Y creo que toca a la justicia decidir cuánto me toca de esa suma, y cuánto le toca al poderdante".

El Tribunal, no obstante reconocer que la transacción resultaba desproporcionada, al compararla con la cuantía de la demanda, rechaza el cargo de indelicadeza profesional considerando simplemente que bastaba la facultad contenida en el poder, para que el apoderado procediera como procedió al transigir el negocio. Y en cuanto a la retención del dinero recibido por el doctor Rojas Ospina en pago de ese arreglo, encuentra que también está justificada, porque lo autoriza el texto del artículo 2188 del Código Civil.

El señor Procurador Delegado formula las siguientes observaciones sobre los puntos que se están examinando.

"Es cierto que el Dr. Rojas Ospina estaba facultado para transigir y que haciendo uso de esa facultad se puso de acuerdo con la contraparte para ponerle fin el negocio y evitar así lo que él consideraba "una derrota total". Sin discutir las ventajas o desventajas de esta negociación, la Procuraduría encuentra censurable el sólo hecho de que un apoderado tome una determinación de esa clase contrariando expresamente la voluntad de su cliente. Sobre todo si por sus servicios profesionales cobraba una suma fija que, según él mismo afirma, era mayor que la producida en virtud de la transacción.

"Ahora bien, si a esta circunstancia se agrega que el cliente no iría a recibir provecho alguno como resultado de la transacción sino que por el contrario todavía estaba obligado a sacar de su bolsillo la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00), —suma considerable para un obrero que además de cesante se encontraba inválido—, a fin de completarle al abogado el valor de sus honorarios, entonces la actividad de éste en la transacción no estaba dirigida en beneficio de su cliente sino en el suyo propio.

"Así pues, esta conducta además de censurable desde el punto de vista de la delicadeza profesional se convierte en equívoca y hasta en delictiva, si se tiene en cuenta que el Código Penal sanciona al apoderado judicial que sea infiel a sus deberes profesionales y comprometa la causa que se le hubiere confiado".

Comparte la Sala los reparos de la Procuraduría en lo tocante con la indelicadeza profesional, consistente en haber transigido el negocio sin haber informado antes al cliente, y a pesar de que el poder contuviera la facultad correspondiente; no comparte en cambio el parecer de la Procuraduría en cuanto el apoderado hubiera llegado a ser totalmente infiel a sus deberes, como cuando compromete la causa que se le hubiere confiado, en el caso previsto por el Código Penal. También es verdad, según lo entiende la misma Procuraduría, que aquí no se confronta ningún problema de intereses particulares o, si se quiere económicos, derivados del mandato judicial entre Pioquinto Franco y el doctor Rojas Ospina. Sin embargo, no podría pasarse en silencio que el Código Civil consagra una norma, no sólo de carácter positivo sino también de profunda trascendencia moral, cuando expresa en su artículo 2175 que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.

Según esto el abogado debía tener en cuenta, al pactar la transacción con el representante del señor Zimerman que los intereses de la parte a cuyo nombre se transigía, o sea de Pioquinto Franco, no iban a recibir ningún provecho o beneficio con la transacción; antes por el contrario, se le frustraba al cliente toda posibilidad de indemnización, dejándolo pendiente del pago de los honorarios que su abogado, o sea el mismo que pactaba la transacción, estimaba que valían más de $ 300.00, cantidad por la cual transigía y quedaba obligado a desistir del juicio.

En otras palabras: supuesto el encargo implícito en la facultad de transigir otorgada por el mandante, el mandatario doctor Rojas Ospina no sólo no se abstuvo de cumplir lo que resultaba manifiestamente perjudicial, o pernicioso, para su cliente, sino que se dejó influir por el deseo de asegurar, al menos en parte, el pago de los

honorarios que pretendía exigirle a Pioquinto Franco: actitud tanto menos justificable, cuanto que a él le constaba la situación precaria de salud e intereses de Pioquinto Franco, tal como acertadamente lo anota la Procuraduría.

De otro lado, tampoco puede pasarse en silencio que la conducta del doctor Rojas Ospina, profesional especializado en asuntos laborales, pueda ajustarse a lo que era de esperarse dados sus conocimientos, o sea no haber procedido con mediana diligencia para prevenir el fracaso de las pretensiones formuladas a nombre de Pioquinto Franco, puesto que antes de entablar la demanda ha debido cerciorarse al menos de que entre Pioquinto Franco y el señor Zimerman hubiera existido un contrato de trabajo. Así se faltó a los deberes no sólo legales sino también morales que se imponen al apoderado cuando éste se encarga de manejar los intereses ajenos que se le confían, y de acuerdo con la responsabilidad ordinaria que al respecto consagran los principios generales.

Pasando de estas consideraciones que se concretan principalmente a las relaciones jurídicas entre poderdante y apoderado y a las obligaciones morales que de ahí se desprenden, a lo que ya constituye el asunto propio y especial de estos juicios sumarios, conviene recordar que la Sala de Negocios Generales ha hecho suya, desde el fallo de 10 de abril de 1953 la siguiente doctrina propuesta por la Procuraduría a saber:

"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 ese 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". — (G. J. Tomo LXXIV, pág. 789, Nº 2137).

Ahora bien: para que el abogado ejercite cumplidamente la facultad para transigir que se le otorga en una cláusula de estilo, y así se dice porque ella suele estipularse en todos los poderes para pleitos, a causa de la confianza que exige el abogado y que en él depositan los clientes, debe hacer antes las diligencias conducentes y necesarias a fin de cerciorarse de que los términos en que vaya a concretarse el pacto, sean plenamente conocidos por el poderdante: de lo contrario se expondrá, como en el caso de autos, a que su conducta se juzgue inspirada más en la protección de sus honorarios, que en la defensa de los derechos e intereses del cliente que se puso en sus manos. Si tal conducta pudiera pasar como correcta, se arruinaría la confianza que en todo tiempo deben inspirar los abogados. Luego es inobjetable que un proceder de tal naturaleza "es índice de una voluntad desviada del fin social de la abogacía, que así resulta menospreciada en el concepto y confianza públicos", como dice la doctrina citada arriba. Así, pues, el proceder del abogado acusado implica por sí solo en las condiciones que se han examinado, una falta contra al ética profesional que merece la sanción de la ley.

Los fundamentos expuestos bastan para que la Sala deba revocar el sobreseimiento consultado; para motivar la sanción en que incurre el doctor Rojas Ospina se agrega lo siguiente:

Las leyes que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, no obstante ser claras y eficaces, adolecen de impropiedades de redacción, que corresponde a la jurisprudencia rectificar. Así, por ejemplo, se habla en los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945 de faltas leves y de faltas graves cometidas por los abogados en el ejercicio de su profesión. Pero las primeras sólo se suponen cometidas contra la delicadeza y el decoro profesionales, mientras que las segundas se refieren de manera general al ejercicio de la profesión. Ello es criticable porque contra el decoro y la delicadeza profesionales también puede faltarse gravemente. Mas como la ley ha consagrado el principio de que las faltas leves sólo tocan con el quebrantamiento del decoro y de la delicadeza profesionales, habrá de entenderse que con faltas graves sólo se atenta contra la moral en sentido estricto, sobre todo por existir la definición del artículo 16 de la misma ley, el cual se refiere al 10º de la Ley 21 de 1931, cuyo último ordinal expresa que es causa para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión, "el haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional a juicio del tribunal respectivo". Esto equivale a reconocer **el arbitrium judicis** para la calificación de tales faltas.

Podría afirmarse que bajo el concepto amplio de ética profesional quedan comprendidos no só-

lo los deberes de la moral profesional en su sentido más notorio, sino también las cuestiones relacionadas con la delicadeza y con el decoro profesionales. De ahí que las faltas graves a que se refiere el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, en fuerza de la norma consagrada por el artículo 16 de la misma obra que se limita a aplicar literalmente el artículo 10º de la Ley 21 de 1931, obligue a calificar de faltas graves las que se cometen contra la moral propiamente dicha; en cambio las faltas contra al delicadeza y el decoro profesionales constituyen una clase de faltas contra la ética profesional, cuya máxima sanción expresa el artículo 8º de la Ley 69 de 1945.

Las nociones de delicadeza y de decoro profesional, fáciles de entender y de aplicar en lenguaje común, se tornan de apreciación un tanto difícil cuando hayan de confrontarse con la escala de sanciones que la ley consagra.

No entiende la Sala que ésta sea la oportunidad para profundizar tales conceptos. Por ahora basta tomarlos en su sentido natural y obvio y así habrá de reconocerse que hay falta leve contra la delicadeza y el decoro profesionales cuando quiera que no se alcancen a quebrantar ciertas normas que amparan directamente el manejo de un negocio judicial por parte de un abogado.

De aquí que no sean meras faltas contra la delicadeza y el decoro profesionales, aquellas que impliquen un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado sin hacerse responsable de infidelidad para con su cliente en el desempeño del encargo.

Se pregunta, pues, si la falta plenamente imputable al doctor Rojas Ospina, deba considerarse como una simple falta contra la delicadeza y el decoro profesional o, de falta contra la moral: en el primer caso se tendría una falta leve contra la ética profesional y en el segundo una falta grave, aplicando la distinción entre lo ético y lo moral y considerando el primer término como genérico y el segundo como específico.

En mérito de las razones que ya se expusieron al analizar los deberes del doctor Rojas Ospina, de acuerdo con los preceptos de los artículos 2175, 1604, y 2146 del Código Civil, el primero sobre la abstención de cumplir un encargo cuyo resultado es manifiestamente perjudicial para el mandante, y los segundos por cuanto señalan la responsabilidad del mandatario hasta por la culpa leve que, según lo define el artículo 63 ib., consiste en no manejar los negocios ajenos con aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, hipótesis que aquí se realiza, porque el doctor Rojas Ospina no tuvo esa mediana diligencia para informarse con el propio Pioquinto Franco de la clase de sus relaciones jurídicas con el señor Carlos Zimerman, exponiéndose así al fracaso del pleito que, de lo contrario hubiera podido evitar, máxime cuando el fallo es tenido por el doctor Rojas Ospina como estrictamente jurídico y él es un abogado especializado en asuntos laborales y, finalmente por el descuido consistente en haberse atenido a las meras informaciones de Gregorio Cardona, sujeto de malos antecedentes y mero intermediario de Pioquinto Franco; y porque además la situación de éste era extremadamente precaria hasta el punto de que le era imposible pagar los honorarios exigidos por el abogado; por todo ello la conducta del último resulta francamente reñida con los dictados de la moral profesional.

A ello debe agregarse que la transacción no consultada previamente, ajustada por suma tan baja, que sólo beneficiaba al abogado para permitirle hacer efectiva una parte de la prestación de sus honorarios, ya revestía una falta contra la delicadeza y el decoro profesional que en manera alguna puede calificarse de leve.

Por todo esto la responsabilidad del doctor Rojas Ospina se configura como proveniente de una falta grave por actos o hechos notoriamente atentatorios de la moral profesional y así habrá de graduarse la sanción sin desconocer que la misma fama y buen nombre del doctor Rojas Ospina como abogado especializado en asuntos laborales, y de que dan fe los testimonios recibidos en el expediente, contribuyen a hacer más severa la exigencia de la ley en el ejercicio de su cargo.

Ahora bien: como el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, establece las penas de multa o de suspensión, por las cantidades y por el tiempo que allí se especifican, y hasta la cancelación de la matrícula para los casos más graves, considera la Sala que por tratarse de una primera falta y haberse recibido el testimonio de las personas que acreditan los buenos antecedentes del doctor Rojas Ospina, será justo decretar una suspensión en su ejercicio profesional por el término de un año.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, revoca la sentencia consultada y en su lugar resuelve:

1º—El doctor Guillermo Rojas Ospina, mayor y vecino de Medellín, donde se halla inscrito, incurrió en falta grave cometida contra la moral profesional, en el manejo del negocio que le confirió el señor Pioquinto Franco y de acuerdo con los particulares explicados en la parte motiva.

2º—Suspéndese al doctor Guillermo Rojas Ospina en el ejercicio de la abogacía en el territorio de la República por el plazo de un año.

3º—Comuníquese a todos los tribunales del país y especialmente al Tribunal del Trabajo de Medellín, la suspensión decretada al doctor Guillermo Rojas Ospina.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Luis Enrique Cuervo A.— Aníbal Cardoso Gaitán. — Roberto Goenaga. —Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Exequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2072 de 1956, sobre retiro del servicio activo de suboficiales de las Fuerzas Militares durante el estado de sitio.—Alcance de las facultades del Presidente de la República durante la turbación del orden público.—Normas constitucionales que rigen en todo tiempo.—La Corte declara exequibles las disposiciones mencionadas que ante ella había acusado como inconstitucionales el doctor Adolfo Gómez Támara. Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 1

No está impedida para intervenir como Magistrado en la decisión de la Corte acerca de la exequibilidad de una norma legal la persona que anteriormente, en decisión judicial dentro de un juicio civil, ha manifestado su opinión acerca de la constitucionalidad de la misma norma.—Se decide que no está erigido por la ley en causal de impedimento el hecho manifestado por los señores Magistrados doctores Agustín Gómez Prada y Jesús Estrada Monsalve, para tomar parte en la decisión de la Corte acerca de la exequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo); y se declara legal el impedimento manifestado por el Magistrado Dr. José J. Gómez R., quien por lo mismo queda separado del conocimiento del mencionado negocio.—Auto proferido por el Magistrado sustanciador doctor Néstor Pineda 9

SALA DE CASACION CIVIL

Corretaje y mandato.—Remuneración del corredor.—En el juicio ordinario que Roberto Yepes Bermúdez siguió contra Eduardo Vallejo sobre pago de una comisión por la venta de una finca rural, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali y, en su lugar, se confirma la de primera instancia, dictada por el Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, que negó las súplicas de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra..... 10

Juicios en que se pide a favor o en contra de una sucesión iliquida o de una sociedad conyugal disuelta e iliquida. — Manera de llevar al juicio instrumentos públicos.—Alcance del artículo 636 del Código Judicial. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario de María del Carmen Ramírez y otras contra Inocencio Ocampo, sobre simulación de un contrato de compraventa y sobre reivindicación. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 19

Alcance de la facultad de los jueces para interpretar las demandas.—Hay falta de legitimación de la parte demandada si en juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa no se demanda también al vendedor.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior y revocando la de primera instancia dictada por el Juez del Circuito de Gigante, desestima la demanda promovida por Modesta Díaz Botello contra Sixta Tulia Valdés de Varges; demanda sobre nulidad de un contrato y sobre otros objetos.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 27

Acumulación de acciones.—Imposibilidad de acumular como principales la acción de simulación y la de nulidad del mismo contrato por falta o por vicio del consentimiento.—Causal segunda de casación.—En el juicio de Cesáreo Buj y otra contra Horacio Buj Ibáñez, sobre nulidad y simulación de un contrato de compraventa, no se

Págs.

casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 31

Juicio de deslinde.—En el juicio ordinario que se originó con la oposición hecha por Salim A. Hosman y otro a la línea fijada en el deslinde seguido por Marco S. Vera y otra contra los mencionados Hosman y otro, No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 35

Casación contra sentencia aprobatoria de partición en juicio de sucesión.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que, confirmando la de primera instancia, aprobó el trabajo de partición rehecha en los juicios de sucesión acumulados de María o María Rosa Valencia y de Roberto Jaramillo. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 40

No es necesario inscribir en el libro número primero la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pasto aprobó la partición de bienes en el juicio de sucesión de Pastora Morillo de Ruiz.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 47

Diferencias entre resolución de un contrato y terminación judicial de uno de tracto sucesivo—Error en la interpretación de un contrato.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por Hernán Mejía Villegas contra Pedro Pablo Cardona.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 52

En juicios sobre filiación natural, la posesión notoria del estado de hijo no puede demostrarse con las declaraciones de dos testigos solamente.—Soberanía del fallador de instancia en la apreciación de las pruebas en esta clase de juicios.— En el juicio ordinario que Luis Giraldo Correa siguió contra Emilia Rosa Chica, como cónyuge supérstite de Leopoldo Tabares, y contra los hijos legítimos de éste, Miguel Angel y Clarisa Tabares, sobre filiación natural, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmó la de primera instancia, absolutoria de los demandados. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 58

Casación por errores en la interpretación de un contrato.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario seguido por Luisa Londoño contra Amelia Estrada de Jaramillo y otros, sobre nulidad de una partición extrajudicial de un inmueble.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 63

Derecho hereditario de los hijos naturales en la sucesión de su padre, aunque éste haya muerto antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, cuando no concurren descendientes legítimos.—Preterición de legitimario en el testamento. — La Corte resuelve casar la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario promovido por Matilde Espinosa y otro contra Heliodoro Villegas Daza; revocar la de primera instancia, declarar que Matilde Espinosa es hija natural de Francisco Villegas M. y heredera de éste, y denegar las demás peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 70

Se aclara el fallo precedente 75

Es injurídico acusar por violación directa de la ley cuando la violación se hace provenir de errónea apreciación de las pruebas.— No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió Luis Arias contra Bernardo Fandiño.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra.... 75

No existe en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el registro público, porque la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios.—En el juicio ordinario que Domitila Ulloa de Matiz siguió contra Pablo Emilio López y otros, sobre reivindicación

Págs.

se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. —Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 81

No son aplicables a la herencia yacente las disposiciones que regulan el trámite atinente a la citación de personas inciertas.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el juicio ordinario que se originó con la oposición que el curador **ad litem** de los demandantes en el juicio de deslinde iniciado por Daniel Rosada y otros intentaron contra Luis Bravo y otros, formuló a la línea divisoria señalada por el Juzgado.- Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 102

No es posible acumular, ni siquiera en forma subsidiaria, acciones cuyos fundamentos sean contradictorios. — Pueden acumularse subsidiariamente la acción de terminación de un contrato de arrendamiento y la reivindicatoria. — Error de derecho en la interpretación de la demanda.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Alfonso Vélez Sánchez contra Marco Tulio Cadavid.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 105

SALA DE CASACION PENAL

Competencia por razón del lugar para conocer de un delito de abuso de confianza. — Se dirime la colisión surgida entre el Juez Promiscuo Municipal de Riosucio y el Juez Penal Municipal de Pereira, acerca del conocimiento de un proceso contra Alberto Parra Londoño por el delito de abuso de confianza.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 114

Cuándo la justicia penal militar puede conocer de un delito cometido por un particular. Para dirimir la colisión de competencias que surgió entre el Juez Superior de Garzón y el Comandante de la Sexta Brigada de Florencia, decide la Corte que al primero de dichos funcionarios es a quien compete conocer del proceso contra Abel Repizo Lugo por el delito de concusión.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 116

Causales 2ª y 5ª de casación.—Errónea apreciación de los hechos. — Prueba de la propiedad y preexistencia de los objetos hurtados o robados en los procesos por los delitos de hurto y robo.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a José Manuel Contreras y otro como responsables del delito de robo. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 118

Calidad de empleado público—Delitos de responsabilidad.—Se revoca la providencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín declaró prescrita la acción penal y ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Ricardo Estrada Escobar y contra Roberto Mejía, por cargos de responsabilidad como Juez y Secretario del Juzgado 4º del Circuito de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro... 122

Delitos de responsabilidad.—Calidad de funcionario público—Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Francisco Garcés Echeverri por cargos de detención arbitraria.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 124

La simple equivocación al interpretar la ley no configura delito.—Si la demora se halla justificada, no hay lugar a responsabilidad penal—En el proceso contra el doctor Carlos Enrique Méndez, ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), por cargos de responsabilidad, se confirma el sobreseimiento definitivo que en su favor profirió el Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve 127

Cuándo se configura violación de la reserva del sumario por medio de la publicación del texto de alguna providencia judicial.—En qué casos el funcionario instructor puede abstenerse de iniciar la investigación por hechos que le han sido denunciados.—

Págs.

La Corte se abstiene de investigar el hecho denunciado por el doctor Bernardo Caitán Mahecha, consistente en la publicación de dos providencias proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado contra Félix D. Mendoza y otros por homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 130

Abuso de autoridad. — Requerimiento. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali que ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Luis Saavedra Tenorio, por cargos de prevaricato y de abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 134

La retractación no destruye por sí sola, de inmediato, lo afirmado por el testigo en declaraciones anteriores—Para la prosperidad de la causal segunda de casación se requiere que el Tribunal haya incurrido en error evidente de hecho o en uno de derecho al apreciar las pruebas.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a María Antonia López de Reina a las penas principales de un año de prisión y multa de cien pesos, como responsable del delito de lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 137

La persona que no sea abogado inscrito en la Corte no puede sustentar el recurso de casación. — La Corte declara desierto el recurso interpuesto por el defensor de Aníbal Ortega Ortiz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso contra aquél por el delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 144

Requisitos de la demanda de casación—En el juicio contra Isaías Torres Cubillos por el delito de uso de un documento falso, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y que lo condenó a la pena principal de diez y seis meses de presidio y a las accesorias de ley.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 145

Requisitos para que pueda tenerse como demostrado un delito de abuso de autoridad por demoras en la tramitación en un proceso judicial.—La Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Pedro Gutiérrez Mejía por los cargos que como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales se le hicieron en el proceso iniciado contra él en conformidad con lo resuelto por la misma Corte en la providencia con la cual declaró cesado todo procedimiento, por prescripción de la acción penal, contra el doctor Aníbal Arango Escobar y otros; cargos consistentes en demoras en la tramitación de este último proceso—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve.. 147

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

El Magistrado ponente es quien debe dictar los autos interlocutorios en juicios de que la Corte conoce en única instancia, aunque tales providencias pongan término a la instancia y hagan imposible la continuación del juicio.—No se accede a decretar la nulidad pedida por el apoderado de The Dorada Railway Company Limited en el juicio iniciado por ésta contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Huila y Caldas. Auto del Magistrado sustanciador: Doctor Néstor Pineda 150

Se mantiene el auto anterior.—La providencia que declara probada la excepción dilatoria de cosa juzgada es auto interlocutorio y no sentencia, y su pronunciamiento corresponde al Magistrado Ponente cuando del asunto conoce en única instancia la Corte.—En virtud de recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este Indice, los restantes Magistrados de la Sala de Negocios Generales mantienen dicho auto. — Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo A. 151

Acciones derivadas del incumplimiento de contratos administrativos.—Estos contratos no pueden probarse en juicio por medio de la confesión.—Revoca la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Quibdó profirió en el juicio ordinario seguido por el ingeniero Francisco Múnera contra el Departamento del Chocó, y en su lugar resuelve que, por no estar probado el interés

Págs.

jurídico o personería sustantiva del demandante, no es el caso de decretar las peticiones de la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A..... 154

El término de dos años para la presentación de la demanda ordinaria conforme a las normas de la Ley 160 de 1936 debe contarse desde el momento de la ejecutoria de la sentencia en el juicio breve y sumario, y no desde la fecha de la misma.—La corrección de la demanda no borra el efecto de interrupción de la caducidad que se ha operado con la presentación de la primitiva demanda.—Necesidad de que se hallen determinados los terrenos a que se refieren los títulos presentados por el actor en juicios sobre pertenencia de petróleos. — En los juicios acumulados de Rufino González Miranda contra la Nación, sobre pertenencia de yacimientos petrolíferos, se declara infundada la oposición formulada por el dicho señor a la propuesta de la Compañía de Petróleos San Andrés, oposición que dio origen al primero de los dos juicios, y por no estar probado el dominio particular del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos "Somoa" y otros a que se refiere la demanda con que se inició el segundo juicio, no se hace ninguna de las declaraciones pedidas en esta demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 157

En el campo de la responsabilidad extracontractual no puede ser considerada como actividad propia de la persona moral de derecho público la de un chofer al servicio de la misma y, por consiguiente, la responsabilidad de aquélla por los hechos de éste es indirecta.—Cuándo hay responsabilidad directa de las personas jurídicas.—La Corte reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario de José Roso Contreras Vallejo y otra contra el Departamento de Boyacá, sobre indemnización de perjuicios, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción de la acción ejercitada en la demanda—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 174

Validez de los títulos sobre composiciones de tierras hechas en la época colonial, para probar el dominio particular sobre el subsuelo petrolífero.—Finalidad de la composición de tierras conforme a la legislación española para las Indias y modo de realizarla.—Se decide el juicio ordinario de Roberto Silva y otros contra la Nación, sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos y sobre oposición a la propuesta número 538 del señor Gabriel Carrizosa Abello. Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 179

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — Necesidad de que en esta clase de juicios consten claramente los linderos, ubicación y extensión de los terrenos donde se encuentran los petróleos a que se refiere la propuesta a la cual se opone el actor.—La Corte confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo absolvió a la entidad demandada de los cargos formulados en la demanda con que se inició el juicio ordinario seguido por Pedro Delgado Gutiérrez y otros contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda..... 222

No son meras faltas contra la delicadeza y el decoro profesionales aquellas que impliquen un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado sin hacerse responsable de infidelidad para con su clientela en el desempeño del cargo. — En el juicio contra el abogado doctor Guillermo Rojas Ospina por faltas cometidas con ocasión del ejercicio de su profesión, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar, la Corte lo suspende en el ejercicio de la abogacía en el territorio de la República por el plazo de un año. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo..... 231

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14825, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXX - BOGOTA, COLOMBIA, MAYO Y JUNIO DE 1955 - NUMERO 2154

S A L A P L E N A

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 DEL CODIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (LEY 167 DE 1941), SOBRE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS. — CARACTERES DEL "ACTO JURISDICCIONAL". — LA JURISDICCION ESPECIAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. — LA EXPROPIACION COMO FENOMENO JURIDICO Y COMO PROCEDIMIENTO. — LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD PRIVADA A CARGO DE LA JUSTICIA ORDINARIA. — COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR TRABAJOS PUBLICOS, CON MOTIVO DE LA OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR LA ADMINISTRACION

1—Tal como rige la Constitución después de las reformas que le han sido introducidas hasta hoy, puede decirse que, excepto las atribuciones indicadas en los artículos 90, 122, 141, 151, 212, 214 y 216, las demás funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y de la Especial del Trabajo, de las Cortes Marciales o Tribunales Militares y demás Tribunales y Juzgados, deben serles señaladas por la ley como se desprende del contexto de los artículos 137, 141, ordinal 4º, 151, ordinal 4º, 152, 154 164 y 170. Los artículos 192 y 193 atribuyen especialmente a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la facultad de anular o suspender los actos de la administración, las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales.

2—El artículo 55 de la Constitución dice que las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, y que el Congreso, o sea la rama legislativa, el Gobierno, o sea la ejecutiva y los jueces que constituyen la jurisdiccional, "tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". Cada una de estas ramas es objeto de reglamentación en Capítulos distintos de la Carta Fundamental.

En general, ni el Ejecutivo ni el Legislativo ejercen funciones jurisdiccionales, así se considere esta función desde el punto de vista formal o desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal, el acto jurisdiccional se estudia por los caracteres de que lo reviste el derecho positivo; y desde el punto de vista material se tiene en cuenta su consistencia propia y los elementos que lógicamente lo componen.

Formalmente, es acto jurisdiccional aquel al cual se da una fuerza jurídica de una calidad particular, en consideración a que emana de un órgano que tiene por ley positiva el poder de imprimir a sus decisiones una fuerza de esta naturaleza. Formalmente, es suficiente que el acto esté dotado de esta calidad particular de fuerza jurídica que se llama la COSA JUZGADA. La cual no debe confundirse ni entenderse como la "fuerza obligatoria de la sentencia", pues este carácter obligatorio es común a todos los actos jurídicos. Ella consiste en la IRREVOCABILIDAD del acto jurisdiccional o sea, en la imposibilidad de revisar la decisión, agotados los recursos que la ley concede. La autoridad de la cosa juzgada pertenece indistintamente a todas las sentencias aunque varíe la extensión de sus efectos, pues a veces éstos quedan limitados a las partes en el litigio y en otros se producen respecto a todos.

Materialmente considerado, el acto jurisdiccional no puede ser definido sino por los caracteres que posee en sí mismo, es decir, por su consistencia o contextura interna. Estos caracteres no le son atribuidos por una manifestación de voluntad de la autoridad legislativa; le son deducidos por el análisis jurídico, y todo acto que entra en la noción lógica de SENTENCIA los ofrece necesariamente, aunque no sea considerado por la ley positiva como un acto jurisdiccional.

Bajo esta perspectiva, el acto jurisdiccional tiene caracteres que le son propios y que no se encuentran en otra clase de actos. El forma un complejo de dos elementos, unidos entre sí pero distintos sinembargo. Estos dos elementos son: de una parte, la comprobación sobre la existencia o inexistencia de un ATAQUE al derecho, y de otra parte, una decisión que tiene por objeto sacar las consecuencias de aquella comprobación. Existe un nexo lógico entre los dos elementos, porque el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido. Dándose una afirmativa respuesta al punto de la violación del derecho, una cierta decisión se impone, sin que su autor pueda querer otra distinta. Pero el contenido de esta decisión está PREDETERMINADO por la regla legal. Las decisiones deben consistir en la aplicación exacta y en cierto modo automática del derecho al caso sub-judice, aplicación que se hace en virtud de un razonamiento puramente lógico.

3—Los caracteres del acto jurisdiccional se encuentran, en general, en las SENTENCIAS de la llamada justicia ordinaria, que está formada por la Corte Suprema, en la más alta jerarquía, hasta los Juzgados Municipales (Artículos 58, 155, 157 y 158 de la Constitución), y también, aunque con algunas variantes, en las que pronuncian los funcionarios de lo contencioso administrativo, (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos: artículos 136 y 154 ibidem). Variantes que consisten en que, en el contencioso de plena jurisdicción, los poderes de investigación y decisión no se hallan tan estrechamente limitados como los del juez ordinario, sino que llegan hasta poder "sustituir su decisión a la que ha sido atacada" (Aucoc), o como dice Laferriere, el juez puede "reformar las decisiones tomadas por la administración, no solamente cuando ellas son ilegales, sino cuando son erróneas". De otro lado, el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para "hacer caer un acto irregular sin que se pueda, después de haber anulado este acto, sustituirlo por una decisión diferente. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ha actuado la administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo, deja subsistente el acto; si se ha salido de aquellos límites, lo anula" (Aucoc, Laferriere, Ducrocq, Romieu).

De suerte, que, con las variantes indicadas, que no carecen por lo demás, de importancia para los fines de este fallo, las decisiones de la justicia ordinaria, así como las que pronuncian las autoridades de lo contencioso administrativo, tienen el carácter de acto jurisdiccional, sea que se las considere desde el punto de vista formal, ya que hacen tránsito a cosa juzgada en cuanto son IRREVOCABLES, o desde el punto de vista material, teniendo en cuenta su estructura interna.

4—Atendiendo al origen histórico de las jurisdicciones especiales, se ve que ellas han sido organizadas por el constituyente, desprendiendo sus funciones, a título de distribución de trabajo especializado, de la masa o conjunto general que venía atribuida a la

justicia ordinaria. Como su nombre lo indica, las jurisdicciones especiales han sido erigidas para ciertas materias específicas, pues si no se entendiera así debería llegarse a la conclusión de que el Constituyente habría autorizado la creación de jurisdicciones especiales no especializadas, lo cual sería un verdadero contrasentido. La Constitución, se ha dicho, es la norma que organiza, no el principio que anarquiza.

Y debe observarse, que así en la teoría jurídica general como en la que directamente se desprende de la Constitución Colombiana, se destacan nitidamente, con perfiles definidos, las materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria: prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinaria tiene el poder jurídico de ejercer su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado: la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está sometida la actividad del Estado, la actividad de la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones de trabajo y sólo a ellas.

5—No todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirva para distinguir, entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso y aquellos que deben atribuirse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regían el acto cumplido por la administración; otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la ORGANIZACION y al FUNCIONAMIENTO de los servicios públicos deben ser, en principio, de la competencia del juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponde los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos servicios públicos.

En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el solo hecho de serlo, deba caer bajo la jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria.

6—La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produzca como resultado su anexión al patrimonio público "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de guerra, la propiedad inmueble "sólo puede ser temporalmente ocupada" y cuando por motivos de utilidad pública o de interés social "definidos por el legislador", ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

Excepcionalmente, en caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupación de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto en el Estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan sólo permite que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiera la aplicación a ellas de inmuebles de propiedad particular es indispensable que preceda la expropiación. El artículo 269 (Ley 167 de 1941) consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, "otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio" como secuela de una toma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso-administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

7—Cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al

artículo 269 de la ley 167 de 1941, a la condena de perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios deba incluírse "el pago de lo que valga la parte ocupada", se contempla la figura, que los expositores han llamado EXPROPIACION INDIRECTA, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente por él.

8—La expropiación regular, en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta.

9—El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y EX POST FACTO en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado y el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además, las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos; el primero de éstos es la declaración legislativa, abstracta general, impersonal, que consagra la primacía del interés público o social sobre el interés individual, que da asidero y base legal al segundo período: la manifestación concreta de voluntad de la administración, mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dió origen a la declaración de utilidad pública.

La función jurisdiccional del Estado no se ejerce sino en los períodos subsiguientes, para decretar la expropiación misma, o sea, la trasferencia forzosa de la propiedad, y establecer el QUANTUM de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción no se establece, científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación.

10—La administración utiliza el procedimiento de la expropiación cuando el propietario, por cualquier circunstancia, no consiente voluntariamente en el traspaso de la propiedad, bien porque de él se pretenda más de lo que aquél cree justo, bien porque haya desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente, de parte de la administración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo, descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un contrato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público.

La cuestión sustancial, de fondo, no cambia por el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquélla acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato: la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Sólo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como PRECIO de la cosa adquirida, sino como INDEMNIZACION, de todos los perjuicios que se causan al propietario.

11—De la naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata (en la expropiación), que es el de dominio, se desprende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuída impropiamente a la justicia ordinaria, sino el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona o discute la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo, anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuencialmente, la naturaleza de la función, se hallan lógica y necesariamente determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego: la propiedad privada, de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de parte de la administración pública.

12—La única diferencia entre la acción

reivindicatoria y la consagrada en el artículo 269 de la ley 167 de 1941, el cual artículo se declara inexequible, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación.

13—El artículo 30 de la Constitución Nacional exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

— I —

El señor Luis Prieto Hurtado, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución, demanda la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones que forman el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, capítulo relativo a las indemnizaciones por trabajos públicos, pero sólo "en cuanto se trata de ocupaciones definitivas o verdaderas expropiaciones de hecho".

Las disposiciones acusadas dicen así:

"**Artículo 261.**—Las indemnizaciones que se reclaman del Estado con causa en trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado.

"**Artículo 262.**—Las que se exigen de los Departamentos y Municipios corresponde decidirlas a los Tribunales respectivos, privativamente y en una sola instancia, cuando el monto de la indemnización que se reclame es inferior a mil pesos ($ 1.000.00).

"Si pasa de esta suma, habrá lugar a segunda instancia para ante el Consejo de Estado.

"**Artículo 263.**—La demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una propiedad particular se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación.

"**Artículo 264.**—En la demanda se deberá expresar: el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, y el monto de la indemnización que se reclama.

"**Artículo 265.**—Del escrito de demanda se dará traslado al Agente del Ministerio Público, por quince días, a fin de que la conteste, y se ordenará hacer las comunicaciones prevenidas en el artículo 126.

"**Artículo 266.**—Contestada la demanda, se abrirá a prueba el juicio por veinte días, a solicitud del demandante o del Ministerio Público.

"**Artículo 267.**—Vencido el término de pruebas, empieza el que tienen las partes o el Ministerio Público para presentar sus alegatos por escrito.

"En lo demás, se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario, señaladas en los artículos 126 y siguientes de esta Ley.

"**Artículo 268.**—En las sentencias que se dicten en estos juicios, si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de esta suma la que los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado.

"Si los peritos no hicieren estimación de la valorización, siempre se deducirá el veinte por ciento (20%).

"**Artículo 269.**—Si se tratare de ocupación de una propiedad inmueble, y se condenare a la Administración al pago de lo que valga la parte ocupada, se prevendrá en la sentencia que deberá otorgarse en favor de la Administración el correspondiente título traslaticio de dominio.

"**Artículo 270.**—Lo dispuesto en este capítulo no exime a los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños, de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, pudieren haber incurrido".

El demandante sostiene que los artículos transcritos violan los preceptos contenidos en los artículos 30 y 32 de la Constitución, que exigen sentencia judicial cuando haya lugar a una expropiación de la propiedad privada, excepto en casos de guerra y para restablecer el orden público, pues entonces la expropiación puede ser decretada por autoridades que no pertenezcan al or-

den judicial. Y la sentencia judicial que exige el artículo 30 no es la que pronuncian los Tribunales de lo contencioso administrativo, sino la que dictan los funcionarios pertenecientes a la llamada justicia ordinaria.

"De todo esto se deduce —dice el actor— que cuando no se trata de un caso de guerra y también que cuando estando el país en guerra exterior o en estado de turbación del orden público, la expropiación que se va a realizar no es necesaria para las necesidades de la guerra o para la del restablecimiento del orden público, dicha expropiación no puede ser decretada sino por medio de sentencia emanada de autoridad que pertenece al orden judicial, es decir, de autoridad que pertenece a la justicia ordinaria o a la que la Constitución denomina Rama Jurisdiccional.

"Las disposiciones acusadas —continúa— atribuyen al contencioso administrativo el conocimiento de juicios por medio de los cuales en último término se lleva a cabo una verdadera expropiación porque a esto y no a otra cosa equivale el que un particular cuya propiedad ocupada para destinarla a un servicio público de manera definitiva, sólo pueda pedir el pago de su valor y de la indemnización de los perjuicios sufridos, pero esté en todo caso obligado a hacer el correspondiente traspaso a favor de la administración, como lo manda el artículo 269".

— II —

A).—En tres sentencias de la Sala de Negocios Generales de la Corte, fechadas el 23 de mayo de 1951, el 4 de agosto del mismo año y el 19 de enero de 1952, reiteradas en varias decisiones posteriores de la misma Sala, ésta ha sentado las siguientes doctrinas relacionadas con el punto de derecho constitucional que es objeto de la demanda que se estudia. Son a saber:

1—De las disposiciones contenidas en los artículos 33, 52, 261 y siguientes de la ley 167 de 1941 se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de las indemnizaciones por causa de trabajos públicos a cargo de la administración, incluyendo en ellas el pago de las zonas de terreno ocupadas por ese motivo: "pero estudiando más a fondo el asunto juzga la Sala, ahora, que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es el Poder Judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto esta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social".

"Es acaso congruente que la justicia ordinaria pueda declarar el dominio privado sobre terrenos ocupados por la Administración para trabajos públicos, pero que no pueda deducir ninguna de las consecuencias inherentes a ese derecho?

"Y más concretamente todavía: Si se demuestran los hechos necesarios para la reivindicación pero se llega a la conclusión de que ésta no puede decretarse por razones superiores de interés público, es posible que la justicia ordinaria carezca de competencia para ordenar el pago de los terrenos ocupados de hecho por la administración, aún habiéndosele pedido subsidiariamente?

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante sentencia judicial e indemnización previa. Y el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial..."; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la compe-

tancia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la **administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado** a su **dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño**. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir A FOSTIORI cuando tales **formalidades se han omitido**" (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163) (G. J., Tomo 69, p. 808).

2—Sentencia de 4 de agosto de 1951:

"La acción de dominio o reivindicatoria, es por su naturaleza restitutoria: "para que el poseedor —de una cosa singular— sea obligado a restituírla", según lo enseña el artículo 946 del C. C.; la propiedad en estos juicios, apenas cumple la función de un hecho jurídico fundamental, no constitutivo, que el actor debe probar en el juicio. Pero como dentro de la organización constitucional de la función pública, le está asignado a los jueces ordinarios la potestad de decidir sobre todas las cuestiones que se susciten respecto de la propiedad, y entre ellas se encuentran naturalmente comprendidas las que dicen relación con sus atributos de uso y libre disposición, es obvio entonces que la aquí planteada no puede constitucionalmente desatarse sino por tales funcionarios, independientemente del estado de certeza que tenga el interesado sobre la titularidad misma de su dominio".

"Dentro de los principios de organización funcional en que se inspira la Constitución, corresponde al Organo Judicial el conocimiento y decisión de todas aquellas controversias que versan sobre el derecho de propiedad privada, o sobre cualquiera de sus atribuciones; y a la Justicia Administrativa, la de aquellas que se relacionan con actos de la Administración, propiamente dicha; todo ello conforme a la reglamentación que para el efecto hace la ley, como así lo enseña expresamente la Carta Fundamental.

"De esta suerte bien puede concluirse, que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de **índole puramente transitoria o temporal**; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio: porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (Art. 965 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la Justicia Ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla". (G. J., tomo 70, p. 292, 293).

3—Sentencia de 19 de enero de 1952:

"...forzoso es reconocer que la justicia contencioso-administrativa, "cuando falla" es también parte del poder jurisdiccional, y que en esa denominación se comprende "toda entidad que sentencia definitivamente derechos en colisión, o sancionando delitos, por autoridad del legislador".

"Pero no cabe olvidar que dentro del poder o rama jurisdiccional se han establecido categorías, encargada cada una de funciones diversas y que, cuando en la Constitución se emplean las expresiones "sentencia judicial" (Art. 30) y "orden judicial" (Art. 33) se entiende justicia común y ordinaria. Eso se deduce de algunos preceptos como el 159 que habla de "los funcionarios del orden judicial" y de los de la "jurisdicción contencioso-administrativa" como pertenecientes a entidades diferenciadas específicamente dentro de la rama jurisdiccional", (C. J., Tomo LXXI. págs. 236 y 237).

B).—Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de fecha 8 de octubre de 1951 y auto de noviembre 22 del mismo año (Anales del Consejo de Estado, Tomo LVIII, pág. 128 ss.; y LIX, pág. 273 ss.) reafirma la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de esta clase de negocios y sienta las siguientes doctrinas, contrarias a las admitidas por la Sala de Negocios Generales de la Corte, así:

En los juicios de indemnización con motivo de trabajos públicos en que se incluye entre los per-

juicios lo que valga la parte ocupada de una propiedad inmueble, no puede entenderse que se ventila una acción reivindicatoria o de dominio. "En éste, la sujeta materia del litigio o controversia se plantea en orden a obtener de la justicia una declaración de propiedad, precisamente frente a un demandado que también aspira a que se haga en su favor esa encontrada declaración; en cambio, en acciones como la aquí intentada, "simple indemnizatoria de perjuicios, producidos con ocasión de trabajos públicos", no se discute el dominio, como que el demandado, que es siempre la entidad oficial, nunca lo controvierte, lo pretende o lo discute. Es, simplemente por efecto o razones de personería, que tiene que allegarse o al menos exigirse esta probanza perentoria.

"Y apenas habra para qué decir que para ejercitar válidamente cualquiera acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: **capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en juicio, y acreditar la legitimación en causa.** Pero estas condiciones, lo tiene también repetido la Sala de Casación, no constituyen el contenido de ningún pleito, sor apenas factores idóneos a su viabilidad. Si la demandante en el caso de autos no hubiera traído el título que acredita radicar en su cabeza el dominio del inmueble del proceso, la decisión no podrá versar sobre el fondo del negocio.

"La ocupación de hecho por entidades de derecho público y en razón de interés social no es cuestión de derecho privado: es un acto esencialmente administrativo en que el Estado no obra como particular sino como autoridad, en desarrollo de la soberanía. Por consiguiente no le son aplicables las normas sobre controversias de derecho privado, según las cuales se le da la competencia a la justicia ordinaria para decidir de ellas sino los procedimientos de lo contencioso administrativo, que regulan la jurisdicción para la decisión de controversias originadas en actos, hechos u operaciones administrativas, tales como una ocupación de hecho.

Sostiene el Consejo que los artículos 30 y 33 de la Constitución regulan lo relacionado con la figura jurídica denominada **expropiación** en cuanto disponen que "sólo puede imponerse o decretarse **mediante sentencia judicial** e indemnización previa" en todos los casos generales de normalidad civil, ya que en caso de guerra, prescribe la última, "sólo para atender al restablecimiento del orden público" la necesidad de la expropiación podrá ser **decretada** por autoridades no pertenecientes al orden judicial, sin que sea previa la indemnización.

"En nuestra legislación no existe la figura jurídica de la "expropiación de hecho". Este fenómeno tiene el nombre de "ocupación de hecho", y a esta situación ha atemperado el legislador varias de sus normas sustantivas y adjetivas, especialmente en los capítulos referentes a la posesión de los inmuebles, los términos expropiación de facto, expropiación indirecta, son palabras de contenido jurídico que equivalen a una clara realidad: ocupación de hecho".

"Es incuestionable, en sentir del Consejo de Estado, que el **Orden u Organo Judicial** está formado por todos los Tribunales y Jueces que administren justicia en la República, en nombre de ésta y por autoridad de la ley, sea que pertenezcan a la Rama Ordinaria, a la del Trabajo o a la de lo Contencioso Administrativo. Se trata aquí de tres divisiones de la jurisdicción del Estado, y por tanto de una atribución de jurisdicciones dentro de la Rama Jurisdiccional, que es sólo una. Y el artículo 55 del Título V de la Constitución no puede ser más claro al definir que las Ramas del Poder Público son la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. De esta última forman parte los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, según lo dispone, por otra parte, el artículo 58 del mismo Título.

"El Consejo de Estado, así como los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, son entidades autónomas de la Rama Jurisdiccional; sus providencias son sentencias en la materia de lo contencioso administrativo, y ejercen, por último, jurisdicción en la órbita que le ha señalado el legislador para hacer valer la voluntad de la ley y mantener su imperio frente a la administración".

El Consejo de Estado, llega finalmente, a la siguiente conclusión:

"Con base en las observaciones que se comentan, estima la Sala que del examen anterior, se concluye que de la Constitución no se deduce, ni directa ni indirectamente, que deba corresponder precisamente a los órganos ordinarios de la Rama Jurisdiccional el conocimiento de los juicios de indemnización por ocupaciones de hecho de propiedades particulares, en el desarrollo de trabajos públicos, y que, aún dejando de lado la tercera consideración sobre la naturaleza del juicio, es evidente que el requisito constitucional de que haya "sentencia judicial", por juez o funcionario judicial, se cumple tanto cuando interviene el ór-

gano ordinario como cuando actúa el Contencioso Administrativo, toda vez que uno y otro forman parte de una de las Ramas en que la Carta Fundamental distribuye el Poder Público: la Jurisdiccional".

— III —

Concepto del señor Procurador

Sostiene este alto funcionario que cuando el Estado "a través de sus órganos adecuados, expropia un bien, ejercita un derecho legítimo", pero que la "ocupación de hecho a que se refiere el Código Administrativo en su Capítulo XXII —que en la práctica se realiza por razones de urgencia para atender un determinado servicio público indispensable— puede degenerar en actividad francamente arbitraria, y los funcionarios que la llevan a cabo incurren entonces en responsabilidad criminal".

Concretándose al aspecto constitucional, dice que "si bien es cierto que dentro de la terminología usual la ocupación de hecho es llamada también **expropiación de hecho**, no lo es menos que en esta operación el particular no ha sido privado de su propiedad, sino que sólo se ha afectado la posesión"; mas si con dos fenómenos diversos la expropiación y la ocupación administrativa de hecho, no se ve en razón de qué se puedan aplicar a ésta los textos constitucionales que regulan aquélla.

Para el Procurador no es valedera la argumentación de la Sala de Negocios Generales "según la cual lo que permite la aplicación de tales ordenamientos es el hecho de que cuando la ocupación administrativa produce la incorporación del inmueble de manera definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde sólo la posesión sino que queda en tal imposibilidad de recuperarlo, que el propietario no puede ejercer las acciones posesorias porque ello entorpecería el servicio público. Y no es valedera porque con ella sólo se ha probado la existencia de ciertas similitudes entre las dos situaciones. Mas esas semejanzas no permiten aplicar por analogía las disposiciones que regulan la expropiación, a la ocupación administrativa de hecho, porque la aplicación analógica no es de recibo en materias constitucionales".

No admite tampoco el señor Procurador que la **sentencia judicial** de que habla el artículo 30 de la Constitución sea exclusivamente la que pronuncia la justicia ordinaria, porque como "el acto jurisdiccional nada crea y se limita a reconocer con autoridad la existencia de situaciones jurídicas ya creadas o de hechos", no hay en las diversas jurisdicciones —especiales y ordinaria— ninguna diferencia específica ni accidental ni "nota alguna que las diversifique, ni aún por el aspecto formal, como que todas las sentencias se dictan en nombre de la República y por autoridad de la ley y todas deben ser motivadas, como lo exige el artículo 163 de la Constitución". El Procurador estima antitécnica "la denominación de jurisdiccional para la rama integrada por los jueces, cuya cabal nomenclatura ha debido ser la de rama judicial. Mas si todo ello es cierto, tan judicial es la sentencia pronunciada por la Corte, como lo son las proferidas por el Consejo de Estado o el Tribunal Supremo del Trabajo".

Por lo demás, —dice— "nuestra Constitución, después de las reformas, no se distingue por su precisión idiomática, ni por el empleo de vocablos técnicos", para demostrar lo cual cita el artículo 119, numerales 2º y 3º, los artículos 61, 143, 38, 174, "en los cuales el vocablo **judicial** es usado para comprender la integridad de la Rama Jurisdiccional".

"Dejando por un momento el problema central —continúa el Procurador— quiero hacer una observación que demuestra la invalidez del argumento (de que la sentencia judicial es la que pronuncian las autoridades que pertenecen a la jurisdicción ordinaria). Acepto, en gracia de discusión, que a las ocupaciones de hecho les son aplicables los ordenamientos sobre expropiación y que las sentencias judiciales son las que dictan los jueces de la jurisdicción ordinaria. Pues bien, según el artículo 30 de la Constitución, la sentencia que decrete la expropiación y la indemnización respectiva, deben ser previas a la expropiación. Mas si la ocupación de hecho equivale a una verdadera expropiación, no por dictarse la sentencia que decreta el pago de la indemnización por los jueces de la justicia ordinaria, se cumple el precepto constitucional, porque ninguna sentencia tiene la virtualidad de convertir en previo un trámite que se realiza a posteriori".

Concluye así el señor Procurador: "Las disposiciones relativas a la expropiación no pueden aplicarse a la ocupación de hecho realizada por la administración. Y si no pueden aplicarse, mal pueden haber sido violadas por la ley que reglamenta la manera como los particulares pueden

pedir el resarcimiento de los perjuicios causados por tales ocupaciones.

"Y es que como ya se dejó apuntado, no es posible asimilar la reglamentación de un derecho legítimo que tiene el Estado, a las operaciones administrativas que de facto y al margen de la ley, producen y crean determinadas situaciones. Por mucho que se esvile, es imposible constitucionalizar, permítaseme el vocablo, el hecho de las ocupaciones de facto. Muchas veces me he preguntado si porque sea la Sala de Negocios Generales de la Corte el Juez competente para decidir sobre las indemnizaciones por causa de las ocupaciones a la propiedad privada realizadas por la administración de modo permanente y con ocasión de trabajos públicos, tales ocupaciones adquieren el carácter de constitucionales. Y debo confesar que nunca he encontrado satisfactoria la respuesta afirmativa. Porque sea quien sea el juez que decide sobre tales asuntos, la operación administrativa continúa quedando al margen de la ley, tanto que los funcionarios públicos que la realizan pueden quedar sujetos a responsabilidad penal. Ni el Código Contencioso-Administrativo, ni ninguna otra ley ha autorizado expresamente a la administración para que ocupe inmuebles particulares con ocasión de trabajos públicos. Si esa ley existiera, sería manifiestamente inconstitucional.

"Lo que hace el legislador en el Código ContenciosoAdministrativo es observar la frecuencia con que esas ocupaciones se realizan de hecho violando los derechos particulares y por ello, como lo dice la exposición de motivos, "se explica suficientemente que la ley prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de daños y la forma adecuada de reparar los daños por medio de procedimientos rápidos".

En concepto del señor Procurador, "los artículos acusados no quebrantan norma alguna de la Constitución".

— IV —

Consideraciones de la Corte

Un breve bosquejo histórico sobre las vicisitudes constitucionales del Consejo de Estado y de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, sirve para aclarar cuestiones de influencia en la resolución que habrá de tomar la Corte en este negocio.

El Consejo de Estado fue creado por primera vez por la Constitución de 1830, para "auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública", pero sin ninguna función jurisdiccional. Con ese mismo carácter lo conservó la Constitución de 1832; pero fue suprimido desde la Constitución de 1843, para ser establecido solamente en la de 1886, con estas características:

Por una parte, era Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y por otra, tenía la facultad de decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley establecía esa jurisdicción, ya debiera conocer de ellas en única instancia, o en grado de apelación.

Por el artículo 164 quedó autorizado el legislador "para establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo Tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los Departamentos", y atribuyendo al Consejo de Estado "la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración"; pero el artículo 151 reservó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos", y los referentes a "la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles".

Es fácil entender entonces que el mandamiento **judicial** exigido por el artículo 32 para la enajenación forzosa o expropiación, sólo podía ser, en el pensamiento del constituyente de 1886, el proveniente de la justicia ordinaria o poder judicial propiamente dicho y en ningún caso el que dictaran las autoridades de lo contencioso-administrativo, para cuya creación quedó apenas autorizado el legislador.

La Constitución de 1886 garantizó la propiedad privada contra todo ataque o desconocimiento proveniente de ley posterior; pero consagró al mismo tiempo el sabio principio de la primacía del interés público sobre el interés individual o privado que da asidero a la expropiación o enajenación forzosa de la propiedad. En el autorizado concepto del doctor Esteban Jaramillo "la constitución somete la enajenación forzosa de la propiedad a las siguientes normas: 1ª—Que obedezca a graves motivos de utilidad pública, de suerte que no puede efectuarse para fines de conveniencia

cia privada: 2º—Que esos mismos motivos sean definidos por el legislador, y no por el Gobierno u otra entidad administrativa: 3º—Que se haga mediante mandamiento judicial a fin de que ante los jueces ordinarios y conforme al derecho común pueda el propietario obtener justicia: 4º—Que se indemnice el valor de la propiedad, y 5º—Que la indemnización se cubra antes de verificarse la expropiación" (Esteban Jaramillo, el Concepto Jurídico-Social de la Propiedad).

El Acto Legislativo Nº 10 de 1905 suprimió el Consejo de Estado, y posteriormente el Acto Legislativo Nº 3 de 1910 ordenó establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, pero reservando a la **autoridad judicial** la suspensión y anulación de las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos (artículos 57, 58, 63 y 64). En el artículo 5º se renovó la garantía del "mandamiento judicial" como requisito previo indispensable para la expropiación en tiempo de paz.

El Consejo de Estado fue restablecido por el Acto Legislativo de 1914 como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído para dictar las providencias de que tratan los artículos 28 y 121 de la Constitución. Correspondía también al Consejo "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo conforme a las reglas que señale la ley".

El artículo 24 del proyecto de reforma constitucional auspiciado por la Comisión del Senado en 1936 no exigía para la expropiación ni "mandamiento judicial" ni indemnización **previa**, y autorizaba a la ley para "determinar el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones". En las discusiones se sugirió la conveniencia de que por medio de la norma constitucional los juicios de expropiación fueran "quitados de la jurisdicción de los jueces ordinarios para entregarlos a la decisión de los funcionarios del orden contencioso-administrativo". No admitió, sin embargo, el constituyente de 1936 esta sugerencia pero ni siquiera concedió la autorización para que por medio de la ley ordinaria se determinara el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones, sino que de nuevo reiteró la garantía del mandamiento **judicial** y de la previa indemnización.

Fuera de esta enfática reiteración de un principio que venía rigiendo desde las constituciones de 1858, 1863 y 1886, las reformas de 1936 y 1945 no introdujeron sobre el punto otras modificaciones que las de llamar **ramas del poder público** a los que antes se llamaban **órganos o poderes**; autorizar bajo ciertas condiciones la expropiación sin indemnización y suprimir el ordinal 3º del artículo 148, según el cual la Corte Suprema debía conocer "de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos".

Tal como rige la Constitución después de las reformas que le han sido introducidas hasta hoy, puede decirse que, excepto las atribuciones indicadas en los artículos 90, 122, 141, 151, 212, 214 y 216, las demás funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la especial de trabajo, de las Cortes Marciales o Tribunales Militares y demás Tribunales y Juzgados, deben serles señaladas por la ley como se desprende del contexto de los artículos 137, 147, (ordinal 4º), 151 (ordinal 4º), 152, 154, 164 y 170. Los artículos 192 y 193 atribuyen especialmente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la facultad de anular o suspender los actos de la administración, las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales.

Surge en seguida la primera cuestión suscitada por el demandante y por el señor Procurador General de la Nación, así como por la jurisprudencia transcrita atrás de la Sala de Negocios Generales de la Corte y del Consejo de Estado: Qué negocios puede la ley atribuir a la llamada justicia ordinaria y a los jurisdicciones especiales? Y como premisa necesaria de la anterior, pertenecen todos estos organismos a la llamada Rama Jurisdiccional del poder público en forma tal que las decisiones que ellos pronuncien puedan ser indistintamente calificadas de "sentencias Judiciales"?

a)—El artículo 55 de la Constitución dice que las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, y que el Congreso, o sea la rama legislativa, el Gobierno, o sea la ejecutiva y los jueces que constituyen la jurisdiccional, "tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". Cada una de estas ramas es objeto de reglamentación en Capítulos distintos de la Carta Fundamental.

En general, ni el Ejecutivo ni el Legislativo ejercen funciones jurisdiccionales, así se considere esta función desde el punto de vista formal o desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal, el acto jurisdiccional se estudia por los caracteres de que lo reviste el derecho

positivo; y desde el punto de vista material se tiene en cuenta su consistencia propia y los elementos que lógicamente lo componen.

Formalmente, es acto jurisdiccional aquel al cual se da una fuerza jurídica de una calidad particular, en consideración a que emana de un órgano que tiene por ley positiva el poder de imprimir a sus decisiones una fuerza de esta naturaleza. Formalmente, es suficiente que el acto esté dotado de esta calidad particular de fuerza jurídica que se llama la **cosa juzgada**. La cual no debe confundirse ni entenderse como la "fuerza obligatoria de la sentencia", pues este carácter obligatorio es común a todos los actos jurídicos. Ella consiste en la **irrevocabilidad** del acto jurisdiccional o *sea*, en la imposibilidad de revisar la decisión, agotados los recursos que la ley concede. La autoridad de la cosa juzgada pertenece indistintamente a todas las sentencias, aunque varíe la extensión de sus efectos, pues a veces éstos quedan limitados a las partes en litigio y en otros se producen con respecto a todos.

Materialmente considerado, el acto jurisdiccional no puede ser definido sino por los caracteres que posee en sí mismo, es decir, por su consistencia o contextura interna. Estos caracteres no le son atribuídos por una manifestación de voluntad de la autoridad legislativa; le son deducidos por el análisis jurídico, y todo acto que entre en la noción lógica de **sentencia** los ofrece necesariamente, aunque no sea considerado por la ley positiva como un acto jurisdiccional.

Bajo esta perspectiva, el acto jurisdiccional tiene caracteres que le son propios y que no se encuentran en otra clase de actos. El forma un complejo de dos elementos, unidos entre sí pero distintos sin embargo. Estos dos elementos son: de una parte, la comprobación sobre la existencia o inexistencia de un **ataque** al derecho, y de otra parte, una decisión que tiene por objeto sacar las consecuencias de aquella comprobación. Existe un un nexo lógico entre los dos elementos, porque el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido. Dándose una afirmativa respuesta al punto de la violación del derecho, una cierta decisión se impone, sin que su autor pueda querer otra distinta. Pero el contenido de esta decisión está **predeterminado** por la regla legal. Las decisiones deben consistir en la aplicación exacta y en cierto modo automática de derecho al caso subjudice, aplicación que se hace en virtud de un razonamiento puramente lógico.

Los caracteres del acto jurisdiccional se encuentran, en general, en las **sentencias** de la llamada justicia ordinaria, que está formada por la Corte Suprema, en la más alta jerarquía, hasta los Juzgados Municipales (Artículos 58, 155, 157 y 158 de la Constitución), y también, aunque con algunas variantes, en las que pronuncian los funcionarios de lo contencioso-administrativo, (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos: artículos 136 y 154 ibidem). Variantes que consisten en que, en el contencioso de plena jurisdicción, los poderes de investigación y decisión no se hallan tan estrechamente limitados como los del juez ordinario, sino que llegan hasta poder "sustituir su decisión a la que ha sido atacada" (Aucoc), o como dice Laferriere, el Juez puede "reformar las decisiones tomadas por la administración, no solamente cuando ellas son ilegales, sino cuando son erróneas". De otro lado, el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para "hacer caer un acto irregular sin que se pueda, después de haber anulado este acto, sustituirlo por una decisión diferente. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ha actuado la administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo, deja subsistente el acto: si se ha salido de aquellos límites, lo anula" (Aucoc, Laferriere, Ducrocq, Romieu).

De suerte que, con las variantes indicadas, que no carecen por lo demás, de importancia para los fines de este fallo, las decisiones de la justicia ordinaria, así como las que pronuncian las autoridades de lo contencioso administrativo, tienen el carácter de acto jurisdiccional, sea que se las considere desde el punto de vista formal, ya que hacen tránsito a cosa juzgada en cuanto son **irrevocables**, o desde el punto de vista material, teniendo en cuenta su estructura interna.

b)—De aquí que deba estudiarse la otra cuestión suscitada por el Consejo de Estado y por el señor Procurador, a saber: si tanto la decisión de la justicia ordinaria como la de los Tribunales de lo contencioso-administrativo son actos de jurisdicción, es indiferente a los fines constitucionales que la ley atribuye indistintamente a una y otras autoridades el conocimiento de cierta clase de asuntos? En otros términos, debe el legislador, según nuestro sistema constitucional, atribuir las funciones a las diversas autoridades jurisdiccionales con sometimiento a ciertos principios, o está autorizado para hacerlo a su capricho, al azar? Y, concretamente, la "sentencia judicial"

de que habla el artículo 30 de la Carta con referencia a la expropiación por causa de utilidad pública, es precisamente aquella que dicta la justicia ordinaria, o puede ser también, concurrente o indistintamente, la que dicte el contencioso-administrativo?

Atendiendo al origen histórico de las jurisdicciones especiales, se ve que ellas han sido organizadas por el constituyente, desprendiendo sus funciones, a título de distribución de trabajo especializado, de la masa o conjunto general que venía atribuída a la justicia ordinaria. Como su nombre lo indica, las jurisdicciones especiales han sido erigidas para ciertas materias específicas, pues si no se entendiera así debería llegarse a la conclusión de que el Constituyente habría autorizado la creación de jurisdicciones especiales no especializadas, lo cual sería un verdadero contrasentido. La Constitución, se ha dicho, es la norma que organiza, no el principio que anarquiza.

Y debe observarse, en primer lugar, que así en la teoría jurídica general como en la que directamente se desprende de la Constitución Colombiana, se destacan nítidamente, con perfiles definidos, las materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria: prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinaria tiene el poder jurídico de ejercer su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado: la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está sometida la actividad del Estado, la actividad de la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones de trabajo y sólo a ellas.

Ya la Corte Plena, en sentencia de 20 de febrero de 1941, destacaba los rasgos esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, desde el punto de vista constitucional:

"De acuerdo con las atribuciones que al Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de Administración... Acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de la legalidad de los actos de la administración estatal, sus órganos jurisdiccionales, dentro de nuestro sistema constitucional al respecto, forman en realidad un poder independiente y especial, integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha" (G. J. Nº 1966 a 1968, p. 658).

Pero no todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirva para distinguir, entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso y aquellos que deben atribuírse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regían el acto cumplido por la administración: otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la **organización** y al **funcionamiento** de los servicios públicos deben ser, en principio, de la competencia del juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponden los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos servicios públicos.

En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el sólo hecho de serlo, deba caer bajo la jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria.

A esclarecer el punto contribuye, de otro lado, la naturaleza jurídica del recurso contencioso, que no es otra cosa que la revisión jurisdiccional de un acto administrativo. "En efecto —dice Fernández de Velasco— la cualidad característica de la jurisdicción contenciosa radica en ser sustancialmente **crítica** y **revisora**; lo que significa que su misión se reduce y concreta a examinar las decisiones, acuerdos y actos administrativos que se dictan en la vía gubernativa, para mantenerlos, revocarlos, anularlos o modificarlos". (Derecho Administrativo, II p. 405).

Ahora bien, las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos; el daño acompañado de la ocupación transitoria o el simple daño sin ocupación de la propiedad damnificada. Este aspecto de las normas del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 fue excluído expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. Y el daño que se oca-

siona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público, "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende "el pago de lo que valga la parte ocupada". Por este solo aspecto han sido acusadas las normas del citado Capítulo XXII.

Esta última norma tiene como antecedente inmediato lo dispuesto en la ley 38 de 1918, cuyo artículo primero es del tenor siguiente: "De las expropiaciones así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando hayan redundado en provecho suyo".

En la exposición de motivos con que el Consejo de Estado acompañó el proyecto que vino a ser la ley 167 de 194.., refiriéndose a la ley de 1918, se dice que "la jurisprudencia del Consejo expuesta en diversos fallos, unas veces reconoce en aquel fenómeno una **ocupación de hecho**, y otras, una **expropiación**, sin que falte el caso en que la califique de **expropiación de hecho**. También la Corte Suprema de Justicia, en muchas doctrinas, ve en el hecho de que se trata un caso de expropiación especial".

Según los términos de la exposición de motivos, se pensó que quitándole a la figura jurídica consagrada en la ley de 1918 el nombre de expropiación, aunque se conservara la sustancia de ella, el fenómeno en sí mismo habría de variar, visto a la luz de los principios constitucionales correspondientes. Avanzando más, en la misma exposición de motivos se trata de justificar la disposición del artículo 269, equivalente al 1º de la ley de 1918, diciendo que "por ser frecuente en la práctica administrativa el caso de que los trabajos públicos de grande interés se paralicen o suspenda mientras se cumple el proceso judicial de la expropiación o se adquiere la propiedad del inmueble que se necesita, lo que entraña un grave perjuicio para los intereses sociales, se explica suficientemente que la ley prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de daños y la forma adecuada para repararlos por medio de procedimientos rápidos".

Tal como en la práctica se ha dado aplicación al citado artículo 269, acaso inspirándose las autoridades administrativas en el pasaje transcrito de la exposición de motivos, en él se contempla un modo de proceder el Estado para adquirir la propiedad privada, distinto del predeterminado por la Constitución Nacional. El artículo 269 contiene, en verdad, una implícita permisión a la inobservancia de la norma constitucional contenida en los artículos 30 y 33 de la Carta. Las leyes que reglamentan la expropiación regular, por el contrario, son una explícita constricción a la observancia de la misma norma constitucional.

La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produzca como resultado su anexión al patrimonio público "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de guerra, la propiedad inmueble "sólo puede ser temporalmente ocupada" y cuando por motivos de utilidad pública o de interés social "definidos por el legislador", ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

Excepcionalmente, en caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupación de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto en el Estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan sólo permita que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiera la aplicación a ellas de inmueble de propiedad particular es indispensable que preceda la expropiación. El artículo 269 consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, "otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio" como secuela de una toma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso-administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

Por otra parte, en el fondo, cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al artículo 269 acusado, a la condena en perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios deba incluirse "el pago de lo que valga la parte ocupada", se contempla la figura, articulada ya en la ley de 1918, que los

expositores han llamado **expropiación indirecta**, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente por él.

"La expropiación por causa de utilidad pública —dice Hauriou— es una operación por la cual el Estado procede a la adquisición forzada, mediante indemnización, de terrenos o edificios que son necesarios para el uso público o para los servicios públicos. Hay lugar a distinguir la **expropiación directa**, que es el procedimiento organizado expresamente para obtener la expropiación del bien, y la **expropiación** resultante de procedimientos que no han sido organizados expresamente (vías de hecho) o de eventos fortuitos. La teoría de la expropiación indirecta es la siguiente: todas las veces que, de hecho, en el curso de una operación cualquiera, la administración se apodera de un terreno perteneciente a un particular, resultando de ello para el propietario una desposesión a la vez definitiva y total, acompañada de una ocupación definitiva por parte de la administración, las reclamaciones de indemnización son de la competencia del Poder Judicial". (Droit Administratif, p. 425, 441).

"Hay expropiación indirecta cuando en el curso de una operación administrativa regular, la administración se **apodera** del terreno de un particular sin usar el procedimiento de expropiación y sin estar por otra parte, legalmente autorizada para ello, mediante una ocupación definitiva que realiza una desposesión total del particular. Hay pues, en primer lugar, una transferencia definitiva de la posesión, que se cumple sin poder legal o reglamentario, es decir por vía de hecho, y en segundo lugar, una transferencia de propiedad al mismo tiempo que una condena de indemnización hecha por el Tribunal Civil. La expropiación indirecta es una toma de posesión que finaliza, a continuación de una intervención judicial ex pos facto, en una transferencia de propiedad' (Ch. Blaevoet, Des Atteintes a la Proprieté a rason des Travaux Publics. p. 6: Bonnard, Droit Administratif, p. 459: Hauriqu, p. 752; Barthélemy, p. 698).

La expropiación regular, en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta. La indemnisación comprende no sólo el valor de la propiedad expropiada, sino "todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él". (Sentencia de Corte Plena, G. J. Nº 2140, p. 328).

El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y **ex post facto** en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además, las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos: el primero de éstos es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés público o social sobre el interés individual, que da asidero y base legal al segundo período: la manifestación concreta de voluntad de la administración, mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dió origen a la declaración de utilidad pública.

La función jurisdiccional del Estado no se ejerce sino en los períodos subsiguientes, para decretar la expropiación misma, o sea, la transferencia forzosa de la propiedad, y establecer el **cuantum** de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción no se establece, científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación.

Se observa en primer lugar, que la administración, aún cuando haya sido hecha por la ley la declaración de utilidad pública, no tiene necesariamente que acudir al procedimiento coactivo de la expropiación. Utiliza este procedimiento cuando el propietario, por cualquier circunstancia, no consiente voluntariamente en el traspaso de la propiedad, bien porque de él se pretenda más de lo que aquél crea justo, bien porque haya desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente, de parte de la ad-

ministración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un contrato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público.

La cuestión sustancial, de fondo, no cambia por el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquélla acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato: la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Sólo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como **precio** de la cosa adquirida, sino como **indemnización**, de todos los perjuicios que se causan al propietario.

"Para constituir el dominio público —dice Bonnard— la administración puede adquirir propiedades privadas por los procedimientos ordinarios. Pero estos procedimientos basados en el consentimiento del particular, son a veces insuficientes, porque la administración puede encontrarse frente a la negativa del particular, aunque ella tenga necesidad y a veces urgencia de la adquisición. Ha habido pues, necesidad de establecer en favor del dominio público, modos especiales de adquisición que tienen como característica comportar una **cesión forzada** de la propiedad privada.

"Se puede definir la expropiación como un acto por el cual el Estado impone a un particular la cesión de una propiedad inmobiliaria con un fin de utilidad pública, mediante justa y previa indemnización y según un procedimiento especial.

"Se encuentra en ella, como en el contrato de venta, una transferencia de propiedad y un precio pagado. Pero la diferencia con la venta consiste en que la transferencia de la propiedad no es voluntaria y en que el precio no es libremente acordado sino impuesto al particular.

"La expropiación constituye un ataque grave a la propiedad privada. Así, ella ha sido organizada siguiendo un procedimiento destinado a asegurar fuertes garantías a la propiedad privada, de manera de evitar los abusos. La protección esencial resulta de la intervención de las autoridades judiciales en este procedimiento" (Droit Public p. 294 —Droit-- Administratif, p. 499 y ss.).

De la misma naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata, que es el de dominio, se desprende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuida impropiamente a la justicia ordinaria, sino el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona o discute la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo, anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuencialmente, la naturaleza de la función, se hallan lógica y necesariamente determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego: la propiedad privada, de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de parte de la administración pública.

En Francia, cuyo derecho civil y administrativo es la fuente próxima e inmediata del derecho colombiano en ambas materias, "los Tribunales Judiciales, lo mismo que el Consejo de Estado y los Tribunales de Conflictos, declararon a lo largo del siglo XIX que la autoridad judicial es competente para conocer de las acciones de daños y perjuicios intentadas por los particulares, sea en razón de daños de toda clase causados en forma permanente a su propiedad, es decir, provocando "una modificación perpetua de la propiedad"; sea más tarde, bajo la influencia del Consejo de Estado y del primer Tribunal de conflictos, en razón sólo de la aprehensión por la administración de toda o parte de una propiedad, de una toma de posesión y de una ocupación, aún temporal, de una propiedad, a condición de que ella constituya para el particular una desposesión efectiva de toda o parte de su propiedad". Finalmente, el Tribunal de Conflictos en 1940 (Arrêt Schneider & Cie), consagró inequívoca y formalmente el principio, básico en las jurisprudencias anteriores, de que "la protección de la propiedad privada entra esencialmente en las atribuciones de la autoridad judicial". (Chapus, Responsabilité Publique et Responsabilité Privé, p. 158, 161).

Por otra parte, el dominio del expropiado, sea en la expropiación regular o en la acción del artículo 269, no ejerce en la litis la simple función de presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

"Los **presupuestos procesales** no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de mo-

do que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la **legitimación en causa** atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesto, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (legitimatio ad causam) aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es, a), demanda formalmente admisible, b), competencia del juzgador; c), capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d), capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (legitimatio ad procesum)". (Gaceta Judicial Nº 2147, p. 924).

Así en el caso del artículo 269 acusado, son estos los presupuestos de la acción: que el actor, como en la acción reivindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la cosa. Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a falta de la plena prueba de propiedad en el actor, la sentencia debe ser absolutoria, de la misma manera que en la acción de dominio. La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha visto.

Siendo esto así, tratándose de una acción **ex dominium** con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la "sentencia judicial" que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial, sino por la llamada justicia ordinaria. En otros términos: el artículo 30 de la Constitución exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

De todo lo expuesto se concluye que el artículo 269 acusado es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución; en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la administración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos.

La tacha de inconstitucionalidad no afecta al artículo 270, puesto que él se limita a reiterar la reserva de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, hayan podido incurrir los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños.

— V —

Decisión:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 214 de la Constitución Nacional.

Resuelve:

1º—Es inexequible el artículo 269 de la ley 167 de 1941;

2º—Son inexequibles los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.

3º—Es exequible el Artículo 270 de la misma ley.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Roberto Goenaga. — Con salvamento de voto, Manuel Barrera Parra. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Con salvamento de voto, Luis Enrique Cuervo. — Con salvamento de voto, Jesús Estrada Monsalve. — Ignacio Gómez Posse. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez.— José Hernández Arbeláez. — Néstor Pineda. — Luis Felipe Latorre. — Con salvamento de voto, Domingo Sarasty. — Julio Pardo Dávila. — Luis Zafra. — Alberto Zuleta Angel. — El Conjuez, Arturo Valencia Zea. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. MANUEL BARRERA PARRA

He firmado el fallo anterior con salvamento de voto que en forma sucinta explico así:

En mi concepto la Corte ha debido limitar la declaración de inexequibilidad al artículo 269 de la Ley 167 de 1941, pero sólo en cuanto implícitamente autoriza la ocupación definitiva de la propiedad privada inmueble por la Administración sin previa indemnización ni sentencia judicial, contra lo dispuesto en los artículos 30 y 33 de la Carta.

No participo del concepto consignado en la sentencia, según el cual la ley no puede atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos.

Como lo expusieron los redactores de la Ley 130 de 1913 y los miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Judicial que fue adoptado por la Ley 105 de 1931, "conforme a los principios científicos, la materia de la expropiación por causa de utilidad pública es cuestión genuinamente contencioso-administrativa que debería ser resuelta por las autoridades de ese órgano del poder público".

A esta conclusión no se opone la norma del artículo 30 de la Constitución que exige el requisito de la sentencia judicial en los casos de expropiación, porque desde el punto de vista orgánico y formal los fallos que pronuncian los tribunales de lo contencioso-administrativo son sentencias judiciales como los proferidos por la justicia ordinaria.

En Colombia el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público. Y por su origen y por las garantías de que disfrutan los funcionarios de la justicia administrativa, son tan independientes como los de la justicia ordinaria. Lo que el Constituyente ha exigido es que la sentencia de expropiación provenga de funcionarios distintos de los que integran la rama ejecutiva.

El fallo cita la jurisprudencia y doctrina francesas en apoyo de las conclusiones que prohija a este respecto. Pero allí se defiende la competencia privativa de la justicia ordinaria para conocer de todas las cuestiones sobre propiedad en litigios entre la administración y el particular, con razones que no son valederas en Colombia. En Francia los Tribunales administrativos se han considerado tradicionales como organismos de la administración, y es en virtud del principio de la separación de los poderes públicos como se deja en manos de los tribunales ordinarios tales litigios como una garantía del derecho de propiedad frente a las arbitrariedades administrativas.

Fecha ut supra.

Manuel Barrera Parra

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS ENRIQUE CUERVO A.

Como tuve ocasión de manifestarlo en los debates que precedieron a la decisión del presente negocio, no comparto la tesis de que pueda ser inconstitucional una disposición en que el legislador atribuya a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y no a la justicia ordinaria, determinados negocios para los cuales la Carta fundamental no ha consagrado expresamente la base de tales atribuciones. En el punto concreto relativo a la inexequibilidad del artículo 269, que para mí no tiene duda y por eso voté la parte resolutiva incondicionalmente, me parece y sigo creyendo que su inexequibilidad proviene de contrariar de manera expresa los artículos 30 y 33 de la constitución relativos a las garantías de la propiedad privada.

No he podido convencerme de que exista igual motivo de inexequibilidad por razón de atribuir al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las reclamaciones que puedan dirigirse contra la administración, con motivo de daños ocasionados en trabajos públicos. Esto el constituyente no lo reguló, sino que lo dejó de la competencia de la ley, y mal podría la Corte declarar inexequible una norma que el constituyente dejó para que la regulara de manera exclusiva el legislador. En esta materia no he podido estar de acuerdo con las sentencias de la Sala de Negocios Generales que desconocen la facultad que tenía el legislador para atribuir al Consejo de Estado y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo todo lo tocante con las indemnizaciones por daños causados por la administración, al ejecutar trabajos públicos. Toda la fuerza de los argumentos —que es mucha— contenida en aquellos fallos, a que me he referido, se inspira, en mi sentir, exclusivamente en el hecho de que el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 sí es contrario a los artículos 30 y 33 de la Constitución. De ahí que le hubiera dado mi voto a la parte resolutiva que así lo declara y que, en cambio, no se lo pueda dar a la parte motiva en los puntos que acabo de explicar.

Fecha ut supra.

Luis Enrique Cuervo A.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS, DOCTORES DOMINGO SARASTY MONTENEGRO Y JESUS ESTRADA MONSALVE

Salvamos nuestros votos en relación con la parte motiva del presente fallo por las siguientes razones:

1—La inexequibilidad del artículo 269 de la Ley 167 de 1941 no se funda, a nuestro parecer, en que allí se le adscriba a la justicia de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las **expropiaciones** a que se refiere el artículo 30 de la Carta, sino en que por esa norma se autoriza la ocupación de inmuebles de propiedad particular por causa de trabajos públicos en forma absoluta, o sea sin discriminar los casos que requieren el procedimiento expropiatorio consagrado en la aludida disposición constitucional, de aquellos, que por excepción, lo excluyen generando no ya una acción **ex dominium**, sino la correspondiente acción **indemnizatoria**.

El argumento de que la locución "mediante sentencia judicial" empleada por el Constituyente en el precepto superior que se dice violado significa que las expropiaciones por motivos de utilidad pública o interés social corresponden a la justicia ordinaria no ha logrado convencernos: 1º—Porque él mismo Estatuto Fundamental establece que "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y **demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley administran justicia**";

2º—Porque en el Título XV, denominado "De la Administración de Justicia", donde se provee a la organización de la Corte Suprema, Tribunales Superiores y Jueces comunes, la misma Constitución **incluye lo referente a la existencia, funciones, número, calidades, modo de elección, separación y período de los Magistrados de los Tribunales Administrativos**; 3º—Porque el legislador bien habría podido atribuirle **expresamente** al Consejo de Estado el conocimiento de las **expropiaciones** por motivos de utilidad pública o interés social, como le atribuyó **deficientemente** el de las indemnizaciones por trabajos públicos, con base en el inciso 1º del artículo 137 de la Carta, según el cual "El Consejo de Estado se dividirá en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo **del Contencioso-Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley**"; y en el 141 ibidem, que reza: "Son atribuciones del Consejo de Estado: ... 4º Darse su propio reglamento y **ejercer las demás funciones que la ley determine**"; y 4º Porque, atendida la naturaleza de las **expropiaciones** por motivos de utilidad pública o interés social, así como la de las **indemnizaciones** por trabajos públicos, es precisamente la justicia de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer de tales materias, aparte de que la Constitución en ninguno de sus preceptos les atribuye el conocimiento de ellas a los jueces ordinarios.

Al distinguir, en el curso de las deliberaciones, **lo que son las expropiaciones por motivos de utilidad pública o interés social y lo que son las indemnizaciones por causa de trabajos públicos, figuras** contempladas respectivamente, en el artículo 30 de la Carta y en el artículo 269 de la **ley 167 de 1941**, hubo oportunidad de citar el siguiente pasaje de Louis Rolland: "La definición del trabajo público es de gran importancia, pues **reglas jurídicas especiales se le aplican**. Es todo trabajo de construcción, administración o conservación de un inmueble, ejecutado por cuenta de una persona moral de derecho público en el interés público. NO SE EXIGE DECLARACION PREVIA DE UTILIDAD PUBLICA"; y estos otros de Gaston Jéze, que ciertamente no favorecen la tesis sustentada en la motivación del fallo que suscita este disentimiento:

"La idea de servicio público, la idea de que el servicio público exista o no en un caso determinado, **es la que domina la condición jurídica de las cosas que utilizan los agentes administrativos para la satisfacción de los intereses generales**, la que sirve para clasificar las dependencias del dominio de la administración en dependencia del dominio público y dependencias del dominio privado: para que haya dependencia de dominio público se requiere que la cosa esté afectada a un servicio público. Aquella idea constituye la base de todas las reglas del **régimen jurídico** que se

tiene régimen del dominio público y que se opone al régimen jurídico de la propiedad privada":

"Cuando la administración, para un servicio público, realiza una obra sobre un inmueble, aplícanse reglas especiales a fin de facilitar la realización de la obra. Esta es la teoría de las OBRAS PUBLICAS. Particularmente con objeto de procurarse la Administración los terrenos necesarios para un servicio público tiene el derecho de ocupar temporalmente los terrenos de propiedad particular o de expropiarlos por causa de utilidad pública. Los actos jurídicos realizados por los individuos adscritos a un servicio público propiamente dicho son actos administrativos, y si se trata de actos unilaterales son, en principio, susceptibles de recurso por abuso de poder...".

"La idea de que el procedimiento del servicio público implica la aplicación de reglas jurídicas especiales ha determinado una jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos (en Francia) favorable al reconocimiento de la competencia de los Tribunales Administrativos respecto a los litigios de índole económica suscitados por el funcionamiento de los servicios públicos. Tal es en el instante actual el sentido de la regla famosa de la separación entre las autoridades administrativas y las judiciales".

II — Consecuencialmente, hemos aceptado la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la ley 167 de 1941 sólo por tratarse de normas que reglamentan una facultad que, con ser propia de lo Contencioso Administrativo, fue inconstitucionalmente otorgada por el legislador en el sentido expresado.

FECHA UT SUPRA.

Domingo Sarasty Montenegro.—Jesús Estrada Monsalve.

ACLARACION A LA SENTENCIA ANTERIOR.—EFECTOS DE LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD

1.—El artículo 482 del Código Judicial que permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda en las sentencias, ha sido reiteradamente interpretado por la Corte en el sentido de que la aclaración no puede llegar hasta alterar o modificar el sentido de la sentencia misma.

2.—Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

En memorial de fecha 23 de junio último el señor Procurador General de la Nación solicita se aclare la sentencia de fecha 20 del mismo mes, porque en su concepto al tratarse de dar aplicación en cada caso, en los juicios pendientes y los que se presenten en lo futuro, a la sentencia de la Corte y deducir sus consecuencias jurídicas, surgirían serias dudas sobre si el H. Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrían conocer de litigios por causa de trabajos públicos, toda vez que los artículos 33, 34, 54 y 68 de la Ley 167 de 1941 "no hacen distinción entre perjuicios causados por ocupaciones de la propiedad con carácter permanente o por simples daños y ocupaciones de carácter transitorio. El artículo 68, consagra en forma más amplia e in genere acción indemnizatoria por simples hechos u operaciones administrativas, sin distinción alguna".

Posteriormente, pero dentro del término de la ejecutoria el mismo señor Procurador, como adición a su anterior memorial, envió a la Corte un largo escrito que a dicho funcionario había dirigido un grupo de abogados, "para que se aclare si el referido fallo tiene fuerza obligatoria para el futuro, que parece ser lo más lógico y jurídico, o si bajo su imperio van a quedar sometidas las acciones promovidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa con anterioridad al fallo cuya aclaración se solicita, y mediante las cuales un numeroso grupo de ciudadanos confiados en la competencia asignada por la ley a esa jurisdicción, y con fundamento en las prerrogativas constitucionales otorgadas a ellos en los artículos 30 y 31 de la Carta Fundamental, reclamaron oportunamente las indemnizaciones correspondientes".

Se dice además en dicho memorial "que el estudio jurídico realizado por la Corte apenas sirvió para la declaratoria de inexequibilidad del trámite especial contemplado en el Código Contencioso Administrativo para que los damnificados ejercitaran el contencioso de trabajos públicos ante la jurisdicción en referencia, pero no abarcó la inexequibilidad de las normas básicas que le atribuyen competencia privativa a aquella jurisdicción especial, para conocer y fallar los juicios que se promueven ante la misma por el trámite ordinario".

De ahí que en el presente caso y teniéndose en cuenta que en la parte motiva de la sentencia se ha sostenido que la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene competencia para conocer de juicios por trabajos públicos, y que en la resolutiva solamente se ha declarado inexequible el procedimiento especial para obtener las reclamaciones respectivas, surge la duda de si aquella jurisdicción especial es aún competente para conocer y decidir los juicios que se promueven a causa de trabajos públicos, ejercitándose no el trámite especial que acaba de derogar la Corte, sino el procedimiento ordinario previsto en los artículos 124 a 138 de la Ley 167 de 1941, y fundándose el derecho en los artículos 33, 34, 54 y 68 del Código Contencioso Administrativo".

Tal como está concebida la parte resolutiva de la sentencia, "surge la duda de si los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo, que constituyen como ya se vio el procedimiento especial para obtener de la jurisdicción contencioso-administrativa las indemnizaciones a causa de trabajos públicos, quedan sin aplicación o derogados para los nuevos juicios que se promuevan ante tal jurisdicción que parece ser lo más lógico

y acorde con el espíritu del fallo; o si por el contrario aquellas normas procedimentales pueden servir de apoyo todavía a los juicios que con anterioridad a la ejecutoria del fallo cuya aclaración se pide, fueron instaurados por los damnificados con trabajos públicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

"Así como el legislador es el llamado con autoridad a interpretar la ley de conformidad con el artículo 25 del Código Civil, con la misma lógica puede argumentarse que la Corte es la llamada con autoridad a interpretar sus propios fallos.

"El fin de toda acción de inexequibilidad es el restablecimiento del imperio constitucional, que se considera perturbado por los actos acusados, es decir, evitar que éstos se ejecuten o se continúen ejecutando. El espíritu de la sentencia que la Corte acaba de pronunciar en el juicio citado atrás, es salvaguardar la propiedad privada, reconocida y garantizada en los artículos 30 y 33 de la Constitución, y velar por el imperio de la constitucionalidad. Ahora bien, en relación con los juicios pendientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa adelantados por los damnificados a causa de trabajos públicos, y en muchos de los cuales únicamente falta que se dicte la sentencia correspondiente, porque ya se surtió el trámite objeto de la presente derogatoria, sería aberrante que so pretexto del fallo de la Corte, los damnificados fueran a quedar más perjudicados que antes, cargando ahora no sólo con los perjuicios ocasionados por los trabajos públicos, sino también con los ingentes gastos que hubo necesidad de hacer en el correspondiente juicio. Creemos que a tales ciudadanos no podrá cerrárseles las puertas de un camino recorrido con todas las de la ley y amparados precisamente por los artículos 30 y 33 de la Constitución".

Para resolver se considera:

El artículo 482 del Código Judicial que permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda en las sentencias, ha sido reiteradamente interpretado por la Corte en el sentido de que la aclaración no puede llegar hasta alterar o modificar el sentido de la sentencia misma.

En la parte motiva de la sentencia de que se trata, la Corte sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración son de la competencia de la justicia ordinaria, de manera que "la sentencia judicial que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial". Y de ahí concluye la sentencia que el artículo 269 de la ley 167 de 1941 "es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la Administración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos".

También se dice en la misma sentencia "que las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos: el daño acompañado de la ocupación transitoria o el simple daño sin ocupación de la propiedad damnificada. Este aspecto de las normas del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 fue excluído expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. Y el daño que se ocasiona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño, caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende el pago de lo que valga la parte ocupada. Por este solo aspecto han sido acusadas las normas del citado Capítulo XXII".

Sobre estas bases, la resolución tomada en la sentencia declaró inexequible el artículo 269 en todas sus partes, y los artículos 261 a 268 "sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública".

Para los efectos de la aclaración solicitada, la sentencia, sin lugar a la menor duda, afirma el principio de que las autoridades de lo Contencioso-Administrativo no son competentes para conocer de las acciones indemnizatorias por ocupación permanente de la propiedad privada, con motivo de trabajos públicos. Es éste el sentido inequívoco de la sentencia, de suerte que ella no puede ser desvirtuada en su alcance so pretexto de la distinción que se preconiza en los memoriales de aclaración, entre otras normas procesales y normas de competencia, puesto que fue precisamente por estar constitucionalmente atribuída la competencia a la justicia ordinaria y no a la especial de

lo contencioso administrativo, por lo que se pronunció definitivamente la inexequibilidad demandada.

Por lo demás, en numerosos fallos la Corte ha sostenido que la decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía: "La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada". (Corte Plena, julio 30 de 1955. Citas indicadas allí). Por tanto las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor.

En los anteriores términos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deja resueltos los memoriales de que se ha hecho mérito.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga—Manuel Barrera Parra—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo—Jesús Estrada Monsalve — Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez—José Hernández Arbeláez—Luis Felipe Latorre U.—Julio Pardo Dávila — Néstor Pineda—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra—Alberto Zuleta Angel— El Conjuez, **Arturo Valencia Zea—Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

QUEJA CONTRA UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR. — LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 3665 DE 1950 y 1857 DE 1951 REFERENTES A SANCIONES A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES POR EL NO DESPACHO OPORTUNO DE LOS ASUNTOS A SU CARGO, FORMAN UN ESTATUTO CONJUNTO O UNICO Y DEBEN INTERPRETARSE RELACIONANDOLOS ENTRE SI

1.—Las cuestiones de pura doctrina o interpretación de la ley no pueden servir de base para la imputación de cargos de parcialidad contra un magistrado a quien se acusa ante la Corte para que se le impongan sanciones disciplinarias.

2.—Los decretos legislativos 3665 de 1950 y 1857 de 1951, referentes a sanciones a los funcionarios judiciales por el no despacho oportuno de los asuntos a su cargo, forman un estatuto conjunto o único y deben interpretarse relacionándolos entre sí. Claramente establece el artículo 4º del decreto 3665 que el procedimiento disciplinario se inicia de oficio, o por petición del Ministerio del ramo o del Ministerio Público, o del particular interesado. El artículo 1º del decreto 1857 agrega nuevas sanciones a las ya establecidas en decretos anteriores, las que deben aplicarse según el sistema previsto en aquellos decretos. El artículo 2º dispone que cuando el interesado lo proponga oportunamente, el superior del funcionario que incurre en demora puede concederle el nuevo plazo en caso contrario. Es necesario que el interesado promueva la articulación. Si no lo hace en oportunidad sino posteriormente al plazo que se contempla en el artículo 2º, su queja se tramitará de acuerdo con las reglas del decreto 3665, oyendo al funcionario acusado de las demoras y juzgando el superior, para aplicar la sanción a que haya lugar.

Debe entenderse que el "interesado" en el caso del artículo 2º del Decreto 1857 es el mismo que contempla el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950, como la persona particular que puede pedir que se apliquen las sanciones disciplinarias de que trata este último decreto. No es admisible entender que el "interesado" sea el funcionario que incurre en demora, ya que en esta hipótesis aquél tendría que hacer una declaración contra sí mismo, la de hallarse en mora de actuar, contra lo que previene la Constitución en su artículo 25.

3.—Las demoras que merecen sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950 son las "injustificadas", es decir, aquellas en que es ostensible la falta de diligencia y consagración al estudio de los negocios de que conoce el funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Se acusa al doctor Arturo C. Posada, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, "por parcialidad, arbitrariedad y atropellos ocurridos en el trámite de la apelación de auto interlocutorio en el juicio ordinario de José Galeano contra Sucesión de Luis Bernal", procedente del Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá. También por demoras en el despacho del mismo asunto.

El auto interlocutorio que fue objeto de la apelación aludida lleva fecha 11 de marzo de 1954; y por él no accedió el Juzgado a decretar la cancelación que del registro de la demanda pidió el demandado, con el argumento de que el actor no había constituido la caución de que trata el artículo 1º de la ley 38 de 1945, dentro del término de los treinta días señalado en tal disposición.

El Tribunal, por conducto del Magistrado doctor Posada, a quien correspondió por reparto conocer del recurso, confirmó la providencia apelada, luégo de hacer algunas consideraciones interpretativas del artículo 740 del C. J. en relación con el día desde el cual debe comenzar a contarse el término de 30 para constituir la caución, y otras relacionadas con la suspensión de ese término por virtud de la apelación en el efecto suspensivo. El auto del Tribunal fue impugnado por

el apoderado de la parte demandada, la que pidió reposición, que le fue negada (fs. 98 a 105).

El apoderado del demandado dirigió luégo una petición al Magistrado tendiente a que se corrigiera un error aritmético, que hizo consistir en que la providencia tomaba como base el informe del secretario del Juzgado sobre el no vencimiento del plazo para constituir la caución relativa al registro de la demanda. Informe que el recurrente considera erróneo, argumentando que desde el día de la notificación del auto que admitió la demanda hasta cuando el Juzgado perdió la jurisdicción con motivo del recurso de alzada transcurrieron 29 días, y por consiguiente, el trigésimo día del plazo no podía ser otro que aquel en que se recobró la jurisdicción para pronunciar el auto de obedecimiento a lo resuelto por el Superior. Pero que el secretario no lo consideró así, y sin razón alguna estimó como inhábil el día en que se pronunció el auto de obedecimiento, el de la notificación y el subsiguiente a ésta, y como consecuencia anotó el día 4 de marzo de 1954 como fecha del vencimiento. Luégo añade que la caución, que fue hipotecaria, se constituyó el 3 de marzo, pero no se registró sino hasta el 8 del mismo mes, o sea, que la caución vino a tener validez solamente cuatro días después del vencimiento del término que el demandante tenía para constituirla.

El apoderado del demandante se dirigió al Tribunal, a su vez, anotando que la petición de la contraparte no estaba encaminada a la corrección de un simple error aritmético como lo prevé la ley, sino que envolvía una cuestión de fondo consistente en la interpretación legal del cómputo del término en que el inferior readquiere la jurisdicción después de surtida una apelación, pues el apoderado del demandado considera que la jurisdicción se readquiere desde el día de la llegada del expediente al inferior, en vez de aplicar la inveterada doctrina que configura la reanudación del conocimiento solamente desde la notificación del auto que se profiere ordenando obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior (fs. 107 a 108 v.).

El Tribunal decidió este punto en auto de 5 de octubre de 1954 (fs. 109 v. a 111), declarando no haber ocurrido el error aritmético alegado, para lo cual acogió la tesis del demandante, o sea, que la jurisdicción del inferior se readquiere desde la fecha en que quede notificado el auto de obedecimiento, según lo preceptuado por los artículos 327, 501 y 507 del C. J. En cuanto al hecho de no haberse tenido en cuenta la fecha del registro de la hipoteca, dice el Tribunal que no podía ello hacerse, porque el Juez no tuvo a la vista el instrumento al proferir su decisión, ya que al presentarse la solicitud de cancelación del registro de la demanda no había vencido el término de que el actor podía disponer para constituir la caución, según el informe secretarial.

Esta providencia debió haber dado fin al debate suscitado con motivo de la apelación. No obstante las partes presentaron nuevos escritos:

La demandada para insistir en que el error aritmético subsistía no solamente por la inhabilitación "arbitraria" de tres días por parte del secretario del Juzgado, sino porque, aún aceptando ese cómputo, su solicitud de cancelación del registro de la demanda fue presentada dos días después de vencido el término legal para el otorgamiento de la caución. Al efecto dice que la presencia en los autos de la escritura de hipoteca —allegada después de proferida la providencia objeto de la apelación— debió atraer la atención del Magistrado, y con base en la fecha de su otorgamiento dedujo que la caución se había prestado oportunamente; pero que, respecto de escrituras públicas no basta la fecha del otorgamiento sino que precisa tener en cuenta su registro. Y agrega textualmente:

"Si estos últimos particulares no pendieran de la cuenta de treinta días, no insistiría en que se trata de un error aritmético, pero como apenas se sostiene en vuestra afirmación de que la hipoteca se otorgó el vigésimo noveno día, contraria a la realidad de los autos, trátase simplemente de rectificar un cómputo; operación que por llevarse a cabo dentro de un juicio civil conlleva la necesaria apreciación de todos los fenómenos que inciden en la cuenta del plazo". Y más adelante añade: "Pero sea que se adopte la técnica procesal enunciada en vuestro último auto para contar el plazo teniendo sólo en cuenta lo que obraba en el juicio al proferir el auto apelado, o que se siga la que utilizásteis anteriormente para apreciar la escritura de hipoteca, es lo cierto que, en el primer caso el plazo venció sin que hubiera en los autos prueba del otorgamiento de la caución, y en el segundo venció también existiendo prueba de que se otorgó fuéra del término" (fs. 112 a 113 v.).

El escrito de la parte actora tiende a que se reforme el auto en el sentido de que se diga que no habiendo error aritmético qué corregir, porque la caución se constituyó oportunamente, el punto ha quedado resuelto en definitiva. Para sustentar su petición el recurrente argumenta que el Magis-

trado sólo tenía competencia para aclarar el error aritmético, si existía, o, decir que no lo había, pero no "para decir que la simple inexistencia en los autos de la escritura de hipoteca fuera un hecho nuevo; ni la tenía para abrir ese inesperado camino a la parte actora, para plantear nuevamente el punto bajo otro aspecto". (Fs. 114 a 116).

El Magistrado resolvió estas peticiones en la providencia de 9 de diciembre de 1954 (fs. 116 v. a 121 v.), reponiendo el auto anterior "para corregir el error numérico cometido en la providencia de 20 de agosto anterior, en el sentido de que, contando el término de treinta días que concede la ley para la constitución de la hipoteca, tal acto no se efectuó el día 29 del término legal sino después de expirado éste. Y, como consecuencia de esta corrección, repone el auto de primero de julio, para revocar, como revoca, el de 11 de marzo del corriente año, que es materia de la apelación, y disponer, como dispone, en su lugar, la cancelación del registro de la demanda." Sustenta esta decisión haciendo un extenso análisis de las disposiciones legales pertinentes y de las constancias procesales, las cuales resume, concluyendo que en realidad la caución hipotecaria que prestó el demandante para mantener el registro de la demanda, sólo es válida desde la fecha de su anotación en el registro, y por consiguiente, habiéndose registrado el 8 de marzo, quedó constituída fuéra del término legal de 30 días de que trata el artículo 740 del C. J.

Contra este último auto, y considerando que en él se contemplaron hechos nuevos, el apoderado del demandante pidió reposición. Señaló como hechos nuevos el haberse decidido que hasta la fecha del registro de la hipoteca puede decirse que ésta queda constituída, lo cual, agrega, no es la corrección de un error aritmético según la ley y la doctrina, sino una cuestión de fondo. Igualmente dice que es un hecho nuevo la consideración de que el cómputo de días hábiles durante los cuales corrió el término para la constitución de la caución arroja un total mayor de treinta días hasta el día del registro de la hipoteca, cosa no dicha antes en las providencias anteriores, y que, por lo demás, ese cómputo está mal hecho porque no se descontaron los días en que el negocio estuvo al despacho por las reposiciones interpuestas (fs. 122 a 134).

En auto de 24 de febrero de este año el Magistrado negó la reposición pedida expresando que si antes se había hecho el cómputo del término hasta el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca, ello no constituía un concepto sustancial o doctrinario, porque el punto a decidir no era si bastaba el otorgamiento de la escritura o si se necesitaba de su registro para quedar constituída la caución; que la cuestión ampliamente debatida era la de definir desde cuándo debía comenzar a contarse el término de los treinta días. Que el error numérico estuvo en no haber llevado la cuenta sino hasta el 3 de marzo, fecha de la escritura, no hasta el 8 siguiente, fecha del registro. En lo que respecta a la anotación del recurrente de que no se habían descontado para hacer el cómputo del término los días en que el negocio estuvo al despacho, afirma el Magistrado en su providencia que la aseveración no tiene fundamento y para demostrarlo hace la cuenta basándose en los informes del secretario del Juzgado y en las constancias procesales. (Fs. 137 y 137 v.).

Por último, el apoderado del demandante pidió que previos los trámites de una articulación, se procediera a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 5 de octubre, "por falta de competencia y usurpación de competencia". Esta solicitud fue negada de plano, y se consideró que, si se aceptaba la tramitación del incidente, entonces sí se usurparía jurisdicción porque se pretermitiría una instancia, cual era la de la apelación a que tendrían derecho las partes contra el auto o providencia que desatara la nulidad propuesta.

Los cargos

La actuación que acaba de relatarse en forma compendiada motiva el memorial de cargos contra el Magistrado que sustanció y decidió la apelación, para que se apliquen las sanciones que imponen los Decretos legislativos 3665 de 1950, artículo 2º, ordinales 2º y 3º, y número 1257 de 4 de septiembre de 1951, artículo 1º, ordinales 1º y 2º y artículo 2º.

El extenso memorial del demandante comienza haciendo un recuento de la actuación progresiva del juicio que él inició como apoderado de José Galeano contra la sucesión de Luis Bernal, y al llegar al auto de 20 de agosto que negó la reposición pedida por la parte demandada contra el auto que confirmó el que fue objeto de la apelación, dice que en este último el Magistrado cambió de criterio en cuanto anteriormente había sostenido una tesis respecto al día en que comenzó a correr el término para la constitución de la caución, y en éste sostuvo otra, aunque concluye que "esa tremenda falla jurídica" no fue óbice para

que reconociera que habiéndose otorgado la caución el 3 de marzo, lo había sido en tiempo oportuno. (Lo anterior se halla consignado en el memorial de queja en los numerales 1 a 12, hablando incidentalmente en el numeral 11 de una demora de casi dos meses en dictar la providencia que confirmó el auto apelado).

En el numeral 13 se refiere a la presentación del memorial de la parte demandada en que se pide la corrección del error aritmético; en el 14 recapitula los argumentos que él expuso en contra de aquella solicitud; en el 15 habla del auto de fecha 5 de octubre que decidió que no había error aritmético, y observa que el Magistrado guardó silencio sobre sus tesis relativas a que no se trataba de la corrección de un error numérico sino de una cuestión de fondo, y que nada dijo sobre los días en que el negocio estuvo al despacho por reposiciones; anota además que en forma sorpresiva el Magistrado expresó en esa providencia que sobre una mejor cuenta de los días hábiles, hecha por el secretario del Juzgado, podía la parte demandada volver a plantear su solicitud de cancelación del registro de la demanda. "Eso significaba —comenta— aconsejar a la parte demandada, con violación descarada de la imparcialidad del Magistrado", como también extralimitación de funciones, pues la cuestión estaba limitada a saber si existía o no el error aritmético. En los numerales 16, 17 y 18 hace el recuento de la actuación inmediatamente posterior, transcribiendo párrafos de sus memoriales y las jurisprudencias en ellos transcritas, en relación con lo que se entiende por error aritmético, y termina esta parte diciendo que a pesar de haber probado que no había error aritmético, sino que lo planteado era una cuestión de fondo, el Magistrado dictó el auto de 9 de diciembre revocando el anterior y consecuencialmente el de la apelación.

"Y toda esa monstruosidad —añade— con base en que sí había error aritmético porque debía contarse hasta la fecha del registro de la hipoteca y no, como se había dicho en autos definitivos en firme, hasta la del otorgamiento". En el numeral 19 apunta que hubo silencio en la providencia acerca de sus argumentos y demostraciones, lo que es altamente sospechoso y demuestra la parcialidad del Magistrado y su deseo de darle gusto a la parte demandada. En el numeral 20 dice que el Magistrado en una transcripción de sus cómputos sobre días hábiles cercenó un párrafo para hacerlo aparecer como aceptando que el día último del plazo para constituir la caución fue el 4 de marzo, cuando lo cierto es que él anotó entre paréntesis, que el cómputo del secretario era errado porque no se descontaron los días en que el negocio estuvo al despacho por reposiciones. En el párrafo 21 vuelve a repetir las razones que tuvo para pedir reposición del auto de 9 de diciembre, o sea, porque según él, se incluyó un nuevo punto consistente en hacer el cómputo de los días hábiles hasta el registro de la hipoteca y no hasta la fecha de su otorgamiento como antes se había hecho y sostenido. En los numerales 22 y 23 anota las demoras en que incurrió el Magistrado en resolver ese último recurso, ya que el negocio entró al despacho el 11 de enero y salió el 24 de febrero. En los numerales 24 y 25 se queja de que en el auto de 24 de febrero el Magistrado hizo unas cuentas parciales y arbitrarias, pues no descontó los días inhábiles por cierre del Juzgado, no obstante los informes secretariales y un certificado del Juez y las propias cuentas que él había hecho y presentado en sus memoriales. Además repite que en ese auto se niega que la cuestión planteada sea de doctrina o de fondo para sostener que se trata de error aritmético, por haberse cambiado la fecha del otorgamiento de la escritura de hipoteca como extremo ulterior de la cuenta del plazo, por la fecha del registro de la misma. En el párrafo 26 insiste en que fue un punto nuevo haber llevado la cuenta del plazo hasta el registro de la hipoteca, toda vez que el mismo Magistrado aceptó que antes no se había considerado ese aspecto.

Los párrafos 27 y 28 se limitan a exponer nuevas argumentaciones en contra de las expuestas en los autos. Los numerales 30, 31 y 32 contienen un detalle de las cuentas que hace el memorialista para sostener allí que el Magistrado no descontó 16 días. En el numeral 33 dice que ante esa mutilación de 16 días en que el Juzgado estuvo cerrado y 6 días más en que el negocio estuvo al despacho del Juez por reposiciones, hubo de presentar otro memorial aclaratorio, pero que le fue devuelto por haberse considerado irrespetuoso.

Por último, comenta: "....las contradicciones inexplicables, las mutilaciones de párrafos al transcribir, las afirmaciones reñidas con la verdad, la mutilación de los días al despacho, la corrección ficticia del error aritmético inexistente, la incursión en clarísimos errores aritméticos en forma increíble, el 'olvido' de descontar los 16 días de cierre físicamente imposible y luego la audacia de negarse a descontarlos, el dejar de 'ver' mis cuentas detalladísimas de tres folios... me dejan la absoluta convicción de que el Magistrado

Posada viene obrando con mala fe, con parcialidad y arbitrariedad. Por eso formulo esta queja".

Los descargos

El señor Magistrado acusado, después de hacer un recuento de la actuación surtida en su despacho, dice que en atención a que la queja se formula por razón de las tres últimas providencias, las del 9 de diciembre, 24 de febrero y 25 de marzo, de las cuales se dice que al proferirlas obró con mala fe, parcialidad y arbitrariedad, y tales autos obran en la copia que se acompaña a la queja, le basta dejar esa actuación al estudio y juzgamiento de la Corte; pero que sin embargo contesta los cargos brevemente. Al efecto lo hace así:

Primer cargo.—"I. En el auto de 9 de diciembre de 1954 se corrigió un ficticio error aritmético inexistente". Contesta: "Tanto en esta providencia como en la de 24 de febrero se exponen las razones en que me basé para considerar como error aritmético haber contado el término de 30 días hasta el otorgamiento de la caución y no hasta la fecha del registro, y para corregirlo con las consecuencias que le eran ineludibles...".

Segundo cargo.—"II. No se descontaron en el cómputo de los 30 días, con que contaba el demandante para otorgar caución, los días en que el negocio estuvo al despacho por reposiciones a pesar de que se alegó en el escrito que presentó para oponerse a la solicitud sobre corrección del error aritmético". Responde: "Sobre este punto que la queja repite en los numerales 18, 21, 24, 28 y 33, y tacha de descarada mutilación, en la cuenta del término, contesto: El expediente en cuanto a los días de despacho y a los de cierre no contiene ninguna constancia en las notas con que entraba al despacho...". "De modo que, no obrando constancia alguna detallada de los días en que el despacho estuvo cerrado por diligencias, fiestas y demás causales, en el intervalo a que se refieren las peticiones de cancelación del registro de la demanda y los informes secretariales, era completamente imposible considerar que en éstos no se hubieran incluído los días descontables por haber estado el expediente al despacho con peticiones de las partes. Máxime que, no obrando en el expediente atestación de los días en que no hubo despacho, el Magistrado no podía hacer otro cómputo que el que le daba el almanaque descontando los domingos y los días en que exclusivamente el asunto estuvo al despacho. Estos cómputos obran en los autos de 24 de febrero y 25 de marzo.

"Ante los informes terminantes del secretario de que el término de treinta días para el Hospital (demandado) había vencido el 4 de marzo, no cabe hacer afirmación de que se mutiló el término al corregir el error aritmético, porque no se descontaron los días en que el expediente estuvo al despacho por reposiciones. Si los informes del secretario eran errados, el autor de la queja ha debido, antes de subir el negocio en la apelación interpuesta contra el auto de 11 de marzo, pedir que el secretario informara sobre los días en que el Juzgado no tuvo despacho".

Continúan los descargos así:

"III.—Hace capítulo de la queja el que el Secretario en el informe del folio 63 v. habla de 29 días hábiles, pero se olvida de que en el del fl. 70, afirma que los 30 días contados desde la notificación al Síndico (representante del Hospital de Nemocón que es la parte demandada) vencieron el 4 de marzo, lo que indica que al hablar en el anterior de días hábiles se refiere a los términos, no a los de despacho. El expediente además, no contenía medio de desvirtuar la afirmación del Secretario.

"IV.—La transcripción que se hizo en el auto de 9 de diciembre de la parte del memorial del doctor Devis Echandía que dice: 'El Juez sabía que el 4 de marzo había vencido el término de treinta días conforme al informe secretarial", la considera mutilada en razón de que no se copió el paréntesis en que dice que el informe es errado, porque no descontó los días en que el negocio estuvo al despacho por reposiciones". "Debo observar que para mí la afirmación fundamental era la de que el Juez sabía que el 4 de marzo había vencido el término de treinta días; la parte que está entre paréntesis, por esta misma circunstancia, tiene un carácter puramente explicativo y, de otra parte, no obraba ningún elemento en el expediente que acreditara el error, pues, se repite, sobre el particular no estaban sino los dos informes del secretario, en que se han basado mi actuación y los cómputos que podían hacerse sobre el almanaque, descontando el tiempo transcurrido entre la notificación de la demanda al Síndico del Hospital de Nemocón y el último día de ejecutoria del auto que concedió la apelación del que subió en este recurso al Tribunal, los domingos y los días en que el expediente permaneció al despacho. Este cómputo, único posible, lo hice repetidas veces privadamente, y oficialmente en los dos últimos autos de la actuación con el resultado de ser más desfavorable que el contenido en los dos informes secretariales de 11 y 23 de

marzo de 1954, razón por la cual me atuve a éstos. De suerte que no se puede hablar de mutilación ni por la forma en que se expresó el paréntesis no transcrito, ni por la carencia de respaldo probatorio al contenido de él, ni por la intención con que se hizo la cita.

"V.—Punto de queja es también que no se haya tenido en cuenta el certificado del Juez del conocimiento presentado el 18 de enero, cuando ya se habían proferido cuatro providencias". "...En cuanto a no haberlo tenido en cuenta en las providencias de 24 de febrero y 25 de marzo del presente año, se observa: La reposición resuelta en la primera de estas providencias no podía ni debía tener en cuenta sino el escrito presentado el 14 de diciembre, en el cual se interponía el recurso del cual se dio conocimiento a la otra parte. Los escritos presentados el 11 y el 18 de enero (fecha ésta de presentación del certificado del Juez), estaban fuera del término concedido por la ley para interponer la reposición. En el auto de 25 de marzo expuso las razones por las cuales no aceptaba este certificado".

En el punto VI se refiere el Magistrado a las demoras de que trata el autor de la queja y dice que evidentemente no se dictaron las providencias dentro de los términos que la ley fijo para ello. Pero pone de presente que el recargo de trabajo en el Tribunal, acentuado en este año, no permitió dar evasión a esos asuntos con la rapidez deseada y que dispone la ley. En justificación de este descargo acompaña un informe de la secretaria del Tribunal sobre el movimiento del despacho y otras actividades en la corporación.

En el punto VII, con referencia a la devolución del memorial que se rechazó por irrespetuoso, aclara que no fue solamente ese escrito el que hubo de rechazar el Secretario en cumplimiento del artículo 121 del C. J., sino dos más: uno dirigido también a él como Magistrado sustanciador, y otro a los Magistrados Tafur Morales y Castilla Angulo que forman parte de la sala de decisión; que para rechazar los memoriales dirigidos a él solicitó el parecer de sus compañeros de Sala.

Consideraciones de la Corte

El análisis de la actuación surtida en este juicio ha de encaminarse al examen de los cargos, a la luz de los decretos 3665 de 1950 y 1857 de 1951, en que apoya su petición el actor.

En primer lugar si la actuación del Magistrado llegó a restarle imparcialidad a la justicia o a hacerla ineficaz, que es uno de los que se desprenden de la extensa relación que contiene el memorial de queja.

De la copia del juicio ordinario en que se produjo la actuación del Magistrado, se deduce que el trámite y sustanciación se desarrollaron sin objeción alguna, distinta a las encontradas tesis de las partes, hasta cuando se produjo el auto de 5 de octubre en que se llegó a la conclusión de que no había error aritmético en el auto anterior, o sea el que confirmaba la decisión del Juez a quo. De tal auto pidió reposición la parte demandante para que se reformara, y expuso: "... ...el señor Magistrado extralimitó su competencia que ya estaba reducida a decir simplemente que no hubo error aritmético... No tenía el señor Magistrado competencia para decir que la simple inexistencia en los autos de la escritura de hipoteca, fuera un hecho nuevo, ni la tenía para abrir este inesperado camino a la parte actora, para plantear nuevamente el punto bajo otro aspecto" (f. 104). Esta alegación se repite en el memorial de queja, numeral 15, en estos términos: "Y falló el 5 de octubre diciendo que no había error aritmético; pero en forma sorprendente dijo que sobre una mejor cuenta de los días hábiles por el secretario del Juzgado podía la parte demandada volver a plantear su solicitud de cancelación del registro de la demanda. Eso significaba aconsejar a la parte demandada, con violación descarada de la imparcialidad del Magistrado. Y significaba extralimitar funciones, que estaban limitadas a resolver si había o no error aritmético; nada más porque la apelación había concluido".

A este respecto el Magistrado en sus descargos anota: "Por auto de cinco de octubre se negó la corrección pedida exponiendo el alcance que en el auto de 20 de agosto se había dado al artículo 2434 del C. C. al decir que la hipoteca se constituye por escritura pública, y considerando que el Juez no había tenido a la vista la escritura al proferir el auto apelado, ya que entonces no había sido presentada, lo cual en nada inhibía para que con una información más clara del secretario sobre los días hábiles transcurridos desde la notificación de la demanda al Síndico del Hospital (parte demandada), las partes hicieran las peticiones que la ley les concede sobre el particular".

De la actuación en el punto en estudio no aparece acreditado el cargo de parcialidad y extralimitación que se le hace al Magistrado. Habiéndose planteado por una de las partes, como base del error aritmético alegado, que la cuenta del término se había hecho hasta el otorgamiento de la

hipoteca debiendo serlo hasta la fecha del registro de la misma (f. 106 v.) natural era que el Magistrado se refiriera a ese punto para dictar su decisión. Al hacerlo expuso además: "...que las partes, con una clara información del Secretario sobre los días hábiles transcurridos desde la notificación de la demanda... hasta la fecha del registro de la hipoteca, hagan las peticiones que la ley les concede sobre el particular, pues es entonces cuando cabe saber si la caución se prestó al tenor de los artículos 740 del C. J. y 2435 y 2436 del Código Civil" (f. 111). No cabe interpretar estas frases finales como un consejo a la parte demandada "con violación descarada de la imparcialidad", como lo juzga el autor de la queja. Ambos apoderados venían sosteniendo que los informes del secretario del Juzgado sobre el término corrido a la parte actora para constituir la caución estaban errados, según uno de ellos porque debía contarse hasta la fecha de la escritura y según el otro hasta el registro de ésta. Se explica así que se hubiese dejado a salvo el derecho de las partes a que sobre un mejor informe secretarial y con vista en la escritura que hasta ese momento no obraba en los autos, hicieran sus peticiones. El Magistrado se refirió a ambas partes, no a una sola. No insinuó pues o aconsejó a una de ellas.

Viene luégo el auto de 9 de diciembre en el que, como resultado de los recursos interpuestos contra el anterior, con base en la presencia de hechos nuevos, el Tribunal concluye que *sí existió* el error aritmético y por tanto revoca sus providencias anteriores y la del inferior. El cargo que se hace por esta decisión es el de que el Magistrado guardó silencio sospechoso que "demuestra una descarada parcialidad, un ánimo de darle gusto a la parte demandada por sobre todo". Para hacer tal acusación se dice que el Magistrado no tocó el punto alegado por el recurrente (el acusador), de que no se trataba de decidir sobre un error aritmético sino acerca de una cuestión de fondo; que no hizo ninguna referencia a la petición de que era necesario recontar los días hábiles transcurridos para deducir los en que el negocio estuvo al despacho por reposiciones; y que no dijo ni una palabra sobre la demostración que le había hecho en otro memorial sobre que apenas iban transcurridos 19 días cuando se otorgó la caución hipotecaria (numeral 19 de la queja). Y más adelante agrega: "para que se vea hasta qué punto llegó la carencia de buena fe y la parcialidad del Magistrado Posada, presento otro aspecto de su último auto". Y dice que el Magistrado al transcribir una parte de su memorial mutiló un párrafo, para hacerlo aparecer que aceptaba el informe secretarial de los 29 días, cuando claramente expresó que ese informe era errado. Los descargos que sobre este punto hace el Magistrado, referidos anteriormente, se concretan a puntualizar: 1º que consideró que había error aritmético por "haber contado el término de 30 días hasta el otorgamiento de la caución y no hasta la fecha del registro"; 2º que el expediente no contiene ninguna constancia en cuanto a los días de despacho y cierre del Juzgado, sino únicamente los informes terminantes del secretario de que el término de 30 días había vencido el 4 de marzo; y 3º que la transcripción que se dice mutilada fue hecha así, o sea suprimiéndole lo que seguía en el memorial, por ser un paréntesis de carácter puramente explicativo.

Hay que advertir que las alegaciones sobre interpretación de los textos legales acerca de lo que se entiende por error aritmético y sus alcances, la relativa a los términos y modo de contarlos, y las demás cuestiones de interpretación doctrinaria, expuestas y apoyadas en un criterio razonable, como son las que contienen las providencias objeto de la acusación, no son materia de apreciación en este juicio tal como si se tratara de una instancia del proceso para confirmarlas o revocarlas. Vale decir, que las cuestiones de pura doctrina o interpretación de la ley no pueden servir de base para la imputación de cargos de parcialidad. Por lo mismo los que se hacen por este concepto no se pueden considerar. La Corte se concreta pues a verificar que es evidente, como lo dice el Magistrado, que los informes del secretario del Juzgado no hacen relación a los días de despacho o de cierre, según puede verse a folios 53 y 70. Que el Magistrado en su auto de 9 de diciembre puntualiza el error aritmético en estas observaciones:

"Cabe entonces considerar si hubo error aritmético cuando en la providencia últimamente citada se dijo que la hipoteca se constituyó el día 29 del término legal. Si para la validez de la hipoteca no basta su otorgamiento ante el Notario sino que de acuerdo con el artículo 2435 del C. C., sin el registro no tiene valor alguno, ni se cuenta su fecha sino desde la inscripción, es evidente que para considerarla constituída, la fecha en ella en el cómputo del término no puede ser otra que la del registro. El error numérico es manifiesto porque en el auto de 20 de agosto se dijo que la hipoteca se constituyó el día 29 del plazo cuando en realidad tal hecho no ocurrió sino después de

vencido el último día del término". Y luego concluye que corregido el error en tal forma, sería absurdo sostener el auto anterior y el que fue objeto de la apelación (véanse folios 120 v. y 121 v.). Claramente se ve en lo transcrito el criterio que guió al Magistrado al considerar la existencia del error aritmético. Luego no puede afirmarse que guardara silencio sobre la tesis del simple error o sobre la cuestión de fondo. Para el Magistrado la corrección del error implicaba, como consecuencia, la revocación del auto apelado, o sea, decretar la cancelación del registro de la demanda.

Halla también la Corte satisfactoria la explicación de por qué no transcribió el Magistrado el paréntesis que echó de menos el apoderado en una transcripción de parte de su memorial. Lo transcrito dice textualmente: "El Juez sabía que el 4 de marzo se había vencido el término de treinta días conforme al informe secretarial". En el memorial seguía entre paréntesis esta frase: "(informe errado, claro está, porque no descontó los días, etc.)" (f. 114 vuelto). Y la explicación del Magistrado es como sigue: "Debo observar que para mí la afirmación fundamental era la de que el Juez sabía que el 4 de marzo había vencido el término de treinta días; la parte que está entre paréntesis, por esta misma circunstancia, tiene un carácter puramente explicativo y, de otra parte, no obraba ningún elemento en el expediente que acreditara el error.....". "De suerte, dice el Magistrado más adelante, que no se puede hablar de mutilación ni por la forma en que se expresó el paréntesis no transcrito, ni por la carencia de respaldo probatorio al contenido de él, ni por la intención con que se hizo la cita".

En los numerales 25 y siguientes el autor de la queja renueva sus alegaciones referentes al cómputo de los días corridos al actor en el juicio para prestar la caución; y sostiene que no se descontaron los días de cierre del Juzgado a pesar de los informes de secretaría y del certificado del juez sobre el particular, que allegó a los autos.

Ya se vio cómo el Magistrado tomó como base del cómputo los informes del secretario visibles a folios 63 y 70. En cuanto al certificado del Juez explica que fue presentado el 18 de enero, cuando ya se habían proferido cuatro providencias y que además se acompañó a escritos que no fueron tenidos en cuenta por haberse allegado inoportunamente. En forma amplia y razonada, según puede verse a folios 157 y 157 vuelto de la copia de los autos, se refiere a los motivos y causas legales que tuvo para no considerar dicho certificado. Las razones que allí se dan son de orden legal, y bastantes para deducir que el cargo de parcialidad o el de arbitrariedad que por tal causa se atribuye al Magistrado no aparece probado.

Finalmente, en el numeral 33 de la queja, se expone como acto arbitrario la devolución del memorial "que contiene la demostración día a día, etc.", por irrespetuoso. También se vio en los descargos del Magistrado la razón que tuvo para ello. El autor de la queja dice que acompaña copia de ese memorial, y al parecer es la que obra a folios 160 a 164; pero no tiene ninguna nota de autenticación ni dato alguno que permita identificarla con el memorial rechazado. Nada más fácil para el memorialista ni más pertinente para fundamentar el cargo, que haber presentado el original que le fue devuelto, para haber podido juzgar la procedencia o improcedencia del rechazo. Como no lo hizo así no hay materia para examinar.

El otro cargo que se formula es el de retardo o demoras injustificadas en la tramitación del recurso. En los numerales 11, 12, 22 y 23 de la queja, se dice que la decisión del primer auto del Magistrado, que tiene fecha 1º de julio de 1954, salió después de casi dos meses de haber entrado el negocio al despacho; que la reposición interpuesta contra ese auto fue resuelta el 20 de agosto habiendo entrado el negocio para resolverla el 10 de julio; y que el auto de 24 de febrero, que decidió los recursos impetrados contra la providencia en que se declaró finalmente que sí hubo error aritmético, había entrado al despacho el 11 de enero. "Hubo, pues —dice la queja— mora de cuarenta días y mora similar en las cuatro ocasiones anteriores. En un semestre hubo mora en más de tres veces por consiguiente, en este negocio".

Sobre este punto contesta el Magistrado:

"Evidentemente, los autos que me correspondió proferir en el juicio a que me vengo refiriendo, no se dictaron dentro de los términos que la ley fija para ello. Pero, con el mayor respeto, pongo de presente a la Honorable Corte Suprema de Justicia que el recargo de trabajo en este Tribunal, acentuado en este año, no permitió dar evasión a esas providencias con la rapidez que todos deseamos y que dispone la ley. En justificación de este descargo acompaño un informe del Secretario del Tribunal, sobre los siguientes hechos: desde el 10 de mayo del año pasado en que el asunto entró a mi despacho hasta el 31 de marzo del corriente año, se han proferido 416 autos de

sustanciación, 139 interlocutorios y 18 sentencias; he asistido a 30 audiencias, a una inspección ocular en Tibirita; los viernes generalmente he concurrido a la sala de decisión presidida por el Magistrado doctor Pardo Dávila y su sucesor; los jueves a las tres de la tarde, a la sala presidida por el doctor José María Esguerra Samper; y los miércoles a las cinco tengo la sala de la cual soy ponente o sustanciador; he tenido que revisar los fallos que se han proferido en aquellas dos salas de las cuales formo parte; he asistido a 23 salas plenas; del 3 de febrero último, por honrosa e inmerecida designación de mis colegas, vengo además atendiendo la Presidencia del Tribunal, a la cual llegan diariamente numerosos asuntos de diversa índole que deben resolverse, y he presidido seis salas plenas. Si los autos de que se queja mi acusador no han salido dentro del término legal, y si más rendimiento no ha habido en el despacho a mi cargo, se debe indudablemente a que hay una fuerza mayor, que es la imposibilidad de hacer más, no obstante que le destino al trabajo horas y más días de los reglamentarios...".

Los decretos legislativos 3665 de 1950 y 1857 de 1951, referentes a sanciones a los funcionarios judiciales por el no despacho oportuno de los asuntos a su cargo, forman un estatuto conjunto o único y deben interpretarse relacionándolos entre sí. Claramente establece el artículo 4º del decreto 3665 que el procedimiento disciplinario se inicia de oficio, o por petición del Ministerio del ramo o del Ministerio Público, o del particular interesado. El artículo 1º del decreto 1857 agrega nuevas sanciones a las ya establecidas en decretos anteriores, las que deben aplicarse según el sistema previsto en aquellos decretos. El artículo 2º dispone que cuando el interesado lo proponga oportunamente, el superior del funcionario que incurre en demoras puede concederle un término adicional para que falle o decida, declarando justificada la demora por causa grave, o no conceder el nuevo plazo en caso contrario. Es necesario que el interesado promueva la articulación. Si no lo hace en oportunidad sino posteriormente al plazo que se contempla en el artículo 2º, su queja se tramitará de acuerdo con las reglas del decreto 3665, oyendo al funcionario acusado de las demoras y juzgando el superior, para aplicar la sanción a que haya lugar.

Debe entenderse que el "interesado" en el caso del artículo 2º del Decreto 1857 es el mismo que contempla el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950, como la persona particular que puede pedir que se apliquen las sanciones disciplinarias de que trata este último decreto. No es admisible entender que el "interesado" sea el funcionario que incurre en demora, ya que en esta hipótesis aquél tendría que hacer una declaración contra sí mismo, la de hallarse en mora de actuar, contra lo que previene la Constitución en su artículo 25.

Sin que valga alegar que por el solo hecho de haber transcurrido treinta días desde cuando la demora se presentó, y no haberse pronunciado un fallo, se produce por ministerio de la ley la suspensión del empleado o funcionario. La suspensión de un cargo público es una pena, dentro del sistema disciplinario, y las penas no pueden imponerse automáticamente, sino observándose la plenitud de las formas propias de un juicio (artículo 26 ibidem).

Es pues inaplicable al caso de autos el artículo 2º del Decreto 1857, o porque el autor de la queja contra el doctor Posada no la propuso en consonancia con dicha disposición; o porque, independientemente de esto, el sólo transcurso de treinta días desde cuando se incurre en demora para fallar o actuar, no causa la suspensión del funcionario. Si pudiera causarla por ese solo hecho tal norma resultaría incompatible con la Constitución, la que ha de prevalecer, como así lo previene la Carta fundamental en su artículo 215, y lo dispone la Corte al declarar la inaplicabilidad del ordenamiento legal mencionado.

Las actuaciones a que se refiere el señor Magistrado están acreditadas con los informes suscritos por el secretario del Tribunal. Las demoras en realidad no suman los días que anota el acusador, porque él computa como demoras los días transcurridos desde que el negocio entró al despacho hasta que salió, sin tener en cuenta que hay un término para proferir las decisiones según su naturaleza, y que por lo mismo, las demoras sólo pueden correr desde el vencimiento de ese término. Por otra parte, las demoras que merecen sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950 son las "injustificadas", es decir, aquellas en que es ostensible la falta de diligencia y consagración al estudio de los negocios de que conoce el funcionario. Las demoras anotadas en la queja se justifican, a juicio de la Corte, porque en la época de su pronunciamiento, según el informe de la secretaría, se produjeron también numerosos autos de la misma naturaleza, es decir, interlocutorios.

Sintetizando las conclusiones expuestas se tiene:

a) No está probado el cargo de parcialidad y

arbitrariedad en las actuaciones del funcionario acusado. La extensa motivación que contiene cada una de las providencias, fundada en las constancias procesales que debían tenerse en cuenta en el momento de su pronunciamiento, en la cita e interpretación de las normas legales pertinentes y en el análisis de los alegatos de las partes, antes que demostrar el cargo formulado por esa actuación, indican el ánimo de acertar en las decisiones. b) No está probado el cargo consistente en retardos injustificados en la tramitación del negocio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

ABSUELVESE al señor Magistrado doctor Arturo C. Posada de los cargos que se le hacen en la queja que dio base para el presente juicio.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga — Manuel Barrera Parra — Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo. Jesús Estrada Monsalve — José J. Gómez — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez. Luis Felipe Latorre — Julio Lardo Dávila — Héctor Pineda — Domingo Sarasty — Luis Sáenz — Alberto Zuleta Angel — El Secretario, Ernesto Melendro Lugo.

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 34 DE 1932, POR EL CUAL SE AUTORIZO AL MUNICIPIO DE BARRANQUILLA PARA EL COBRO DE UN IMPUESTO

1.—Los artículos 19 y 31 de la Constitución de 1886 fueron reemplazados por los artículos 16 y 30 de la Carta en vigencia. La reforma consistió principalmente en hablar del cumplimiento de DEBERES SOCIALES en donde sólo se había hablado de la protección de DERECHOS INDIVIDUALES, y de INTERES SOCIAL en donde únicamente se había hecho referencia al INTERES O UTILIDAD PUBLICOS. Se pusieron así a salvo los derechos recíprocos entre individuo y Estado mediante la imposición de los deberes correlativos, y se hizo la distinción a que alude Hauriou entre CONSTITUCION POLITICA y CONSTITUCION SOCIAL a efecto de regular el ejercicio de las actividades privadas no ya sólo frente al funcionamiento de las instituciones jurídicas, como lo había hecho el Constituyente del 86, sino, además, frente a los fines sociales del Estado.

2.—La iniciativa de imponer los tributos provenga o no del legislador, nada arguye en favor o en contra de la ley que los crea.

3.—El intervencionismo de Estado consagrado en el artículo 32 de la Constitución Nacional para "racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, no ofrece relación ninguna con la facultad constitucional del legislador para imponer contribuciones.

4.—Aunque en las atribuciones del Congreso enumeradas por el artículo 76 de la Carta, no se encuentra la de imponer tributos, se infiere que aquella facultad reside en el Congreso del contexto de los artículos 43 de la Carta que así claramente lo expresa, 191 y 197, en cuya virtud las Asambleas Departamentales y los Concejos pueden establecer contribuciones DE CONFORMIDAD CON LA LEY, y 80, según el cual "las leyes sobre contribuciones... deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes", como una de las excepciones al principio general consagrado en el artículo 79.

5.—La atribución dada a los Concejos para votar, con sujeción a la ley, "las contribuciones y gastos locales", necesariamente ha de ejercerse, como la que tienen las Asambleas respecto de los Departamentos, de acuerdo con las necesidades, condiciones sociales y recursos fiscales de cada lugar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Vistos:

Con poder que suscriben —en su doble carácter de personas naturales y de representantes, respectivamente, de las Compañías domiciliadas en Barranquilla "Flota Verde Limitada", "De Buses Urbanos Limitada", "Colombiana de Buses Limitada", "Empresa de Transportes Sabbagh Limitada", "Flota Olímpica Limitada", "Flota Russo Limitada" y "Flota Angulo S. A."— los señores Carlos A. Bassi, Mauricio A. Buitrago, Diego de las Salas, Eduardo Sabbagh, Jesús A. Matos, Vicente Russo y Germán Angulo, el doctor Mauricio Mackenzie ha demandado ante la Corte la inexequibilidad del artículo 1º de la ley 34 de 1932 y del Acuerdo número 28 de 1926, expedido por el Concejo de aquella ciudad.

Por auto de seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, la Sala aceptó la demanda en lo referente a la norma legal y la inadmitió en lo relacionado con el Acuerdo aludido, "porque la Corte no tiene competencia para conocer de tales asuntos (Constitución Nacional art. 214, o sea el 53 del A. L. Nº 1º de 1945, y ley 167 de 1941 artículos 65 y 54)".

Dice la disposición acusada que "El Municipio de Barranquilla queda autorizado para seguir cobrando el impuesto de un centavo por locomoción urbana, que tiene creado, con aplicación a la instrucción pública", y el actor estima violados con su expedición los artículos 16, 30, 31, 32 y 76 de la Carta por los siguientes conceptos:

A)—El artículo 16, porque en él se dispone que "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", y el legislador no podía ratificar un Acuerdo que "en sí representa un gravamen sin base legal anterior, la extracción de un dinero a las empresas de transportes urbanos de Barranquilla, lo que significa en verdad que se desconocería aquella protección en el patrimonio de un grupo de personas residentes en Colombia..., cuando la Constitución no autoriza ratificaciones sino que permite que el Congreso dicte normas impositivas para crear impuestos, cosa completamente diferente a la simple ratificación de que aquel artículo trata";

B)—El artículo 30, según el cual "Se garantizan 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", porque "es derecho privado el que tiene todo ciudadano para mantener dinero en su poder, y que no se le extraiga o saque, por medios ilegales", de donde se infiere que "la ley 34 quebrantó el artículo 30 de la Constitución, como quiera que pretendió darle vida a un acto nulo, de nulidad absoluta, incurriendo por tanto en la misma nulidad. En mejores palabras: si un Concejo dicta una norma de contribución, sin previa autorización legal, abstracta o concreta, la ley posterior no puede darle vida, ni resucitar (sic) a ese cuerpo jurídico que nació muerto".

C)—El Artículo 32 de la Constitución de 1886 "vigente en plenitud cuando se establecían el Acuerdo y la ley", por cuanto allí se estatuye que "En tiempo de paz nadie puede ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, a apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes", y "La sola lectura del Acuerdo, así como le del texto del artículo 1º de la ley 34, nos está indicando cómo ambos se van contra la generalidad constitucional, por ser ambos también un impuesto singular, exclusivamente nominado, particularmente establecido e irregularmente confirmado";

D)—El artículo 32 (aquí retorna el actor a la numeración de la Constitución vigente) en cuya virtud "El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho", porque "Este mandato de nuestra Carta, creando el intervencionismo estatal, debe llegar o tender a la racionalización, al amparo de los trabajadores en materia de garantías y prestaciones, pero no para aprobar un impuesto ilegalmente establecido por un Municipio, que a eso se reduce el espíritu de la ley 34 que estoy acusando";

E)—El artículo 76, de acuerdo con el cual "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas se ejercen las siguientes atribuciones: 1º—Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes...", en ninguna de cuyas atribuciones, "ni en el numeral transcrito que es el especial para el caso sub-judice, aparece la atribución parlamentaria para ir a aprobar un Acuerdo, sancionado seis años antes y que se expidió sin autorización previa y anticipada del mismo Congreso. Con, la ley 34 (artículo 1º) el Congreso no estaba interpretando una ley anterior, ni estaba reformando nada, ni quizo (sic) derogar un precepto hasta entonces vigente. Si quizo (sic) refrendar, ratificar, volver válido un impuesto que por sí y ante sí, había creado sacándolo de la nada, el Concejo Municipal de Barranquilla. Luego la violación es palpable, incuestionable y golpea a los ojos, dejando en el espíritu una evidencia pura de tal violación", y

F)—El artículo 31 sobre que "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación", pues "cuando el Municipio de Barranquilla creó, sin respaldo ni autorización legal previa, un impuesto para autobuses o autos de carrera, hizo una discriminación odiosa ya que quedaban por fuera los tranvías y demás medios de locomoción pública como los coches..., y por otro lado la ley acusada al pretender ratificar aquel Acuerdo incurrió en el mismo vicio, agregándosele a ella el que también hizo una discriminación porque se le confirió implícitamente al Municipio de Barranquilla el privilegio de gravar lo que en ninguna otra parte de Colombia ha sido sometido a impuesto.

El Acuerdo asumió un privilegio discriminatorio en forma local, y la ley que lo ratificaba, asumió además e impuso un privilegio de una ciudad por encima de la generalidad en todo Colombia".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador General de la Nación desea que la Corte se pronuncie sobre si las personas jurídicas y los extranjeros son titulares de la acción de inconstitucionalidad o si, como él lo entiende, se trata de un derecho reservado a la ciudadanía, cuestión que la Corporación se abstiene de resolver porque, como lo reconoce el señor Agente del Ministerio Público, ella "carece de efecto práctico en el presente caso", dada la circunstancia de que, entre los catorce poderdantes del doctor Mackenzie (siete personas jurídicas y siete personas naturales) figuran tres ciudadanos colombianos.

Conceptúa el Colaborador de la Sala que el precepto acusado se conforma con las normas constitucionales que se dicen violadas. Con el artículo 16, "porque si bien es cierto que las autoridades están instituídas para la protección, entre otras cosas, de los bienes de las personas residentes en Colombia, no es menos verdadero que también existen para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares, uno de los cuales es el pago de los impuestos que se establezcan": con el artículo 30, porque "el problema de la constitucionalidad de la Ley no puede unirse al de la legalidad del Acuerdo", aparte de que "en el presente caso no se ha demostrado que el Municipio de Barranquilla careciera de facultad legal para crear el impuesto", punto que es, por lo demás, "completamente ajeno a la controversia planteada, que debe circunscribirse a esta sola pregunta: tiene el legislador potestad para autorizar a un Municipio para cobrar un impuesto?"; con el artículo 32 de la Constitución de 1886, porque —entre otras razones— "esta disposición fue expresamente derogada por el artículo 34 del Acto Legislativo número 1 de 1936"; con el artículo 32 de la Constitución vigente, porque "La disposición constitucional que autoriza al Estado para intervenir en la explotación de las industrias privadas, nada tiene que ver con la potestad del Estado para imponer contribuciones"; y con el artículo 76 ibidem, porque la enumeración de atribuciones del Congreso que en esta norma se contiene "no es taxativa", lo que se demuestra con la cita de "los artículos 5º, 18, 19, 31, 60, 77, 111 etc., que expresan materias sobre las cuales puede versar una ley, que no se encuentran señaladas en la enumeración del artículo 76", y porque "El claro espíritu de la ley es la autorización al Municipio de Barranquilla para el cobro del impuesto denominado con toda justicia, del centavo escolar, como que con su producto se atiende a la construcción de escuelas y al sostenimiento de institutos de educación secundaria", autorización que encuentra respaldo en el artículo 197 de la Carta.

Consideraciones de la Sala

Se estudian conjuntamente los cargos relacionados con los artículos 16 y 30 de la Carta por fundarse ambos en el desconocimiento del carácter social que el Constituyente de 1936 le dió al derecho de propiedad. Las referidas normas sustituyeron, respectivamente, los artículos 19 y 31 de la Constitución de 1886. Del artículo 19 se conservó la parte que dice: "Las autoridades de la república están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes"; y donde el precepto reformado agregaba "y asegurar el respecto recíproco de los derechos naturales previniendo y castigando los delitos", se dijo: "Y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". El artículo 31, por el cual se disponía que "Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores" y que "Cuando de la aplicación de una ley por motivos de utilidad pública resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización, con arreglo al artículo siguiente", se incorporó, con el 32 de la misma Carta de 1886, en el ordenamiento nuevo, así: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por

el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Consistió, pues, en lo pertinente, la reforma —y de ahí su trascendencia incuestionable— en hablar del cumplimiento de deberes sociales en donde sólo se había hablado de la protección de derechos individuales, y de interés social en donde únicamente se había hecho referencia al interés o utilidad públicos. Se pusieron así a salvo los derechos recíprocos entre individuo y Estado mediante la imposición de los deberes correlativos, y se hizo la distinción a que alude Hauriou entre constitución política y constitución social a efecto de regular el ejercicio de las actividades privadas no ya sólo frente al funcionamiento de las instituciones jurídicas, como lo había hecho el Constituyente del 86, sino, además, frente a los fines sociales del Estado, para que también con relación a éstos se cumpliese el pensamiento de don José María Samper: "El derecho es la libertad de cada uno, y el orden es la libertad de todos".

Ahora bien: entre los deberes del estatuto cívico o que incumben al ciudadano como miembro de la Sociedad —Estado— está el de concurrir a las cargas del bien público con aportes de su patrimonio, que constituyen, debidamente deducidos, la fuente regular de los arbitrios fiscales.

Reconoce el actor que solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer en tiempo de paz contribuciones, pero agrega —y la acusación por este concepto se reitera en todos y cada uno de los cargos de la demanda— que el legislador de 1932 no podía autorizar al Concejo de Barranquilla, como lo hizo por el artículo 1º de la ley 34 de ese año, "para seguir cobrando el impuesto de un centavo por locomoción urbana... con aplicación a la instrucción pública", pues el Acuerdo número 28 de 1926; creador de dicho gravamen, se había dictado por aquella entidad sin previa facultad legal.

El reparo así formulado carece igualmente de toda validez, pues de la circunstancia de que el tributo en referencia se hubiera votado por el Concejo de Barranquilla sin ley anterior que lo autorizara, es decir ilegalmente, en manera alguna se infiere la imposibilidad del legislador para permitir en el futuro su imposición y recaudo. En otros términos, la ilegalidad del Acuerdo 28 de 1926 no entraña la inconstitucionalidad de la ley 34 de 1932 que revivió el impuesto y que habría podido establecerlo originariamente. Que la iniciativa de imponer los tributos provenga o no del legislador, nada arguye en favor o en contra de la ley que los crea.

Sobre el motivo de acusación contenido en el aparte C del libelo, cabe afirmar, con el Ministerio Público, que "no puede decirse que el impuesto que grava con un centavo sobre toda pasajero que haga uso de cualquiera de los buses o autos de carrera dentro del Municipio de Barranquilla, sea una contribución de carácter especial"; pero, principalmente, que habiéndose derogado el artículo 32 de la Constitución del 86 por el artículo 34 del Acto Legislativo número 1 de 1936, su violación por la ley 34 de 1932 escapa hoy a la jurisdicción de la Corte, cuya misión defensora del Estatuto Fundamental "se refiere naturalmente a aquellos cánones de la Carta vigentes en la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse".

Tampoco advierte la Sala oposición alguna entre el precepto legal censurado y el artículo 12 de la Constitución vigente, pues el intervencionismo de Estado consagrado en la norma superior para "racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, no ofrece relación ninguna con la facultad constitucional del legislador para imponer contribuciones, que fue la ejercitada por el Congreso al expedir la norma inferior de que se hace mérito.

Menos aún está llamada a prosperar la tacha de inconstitucionalidad relativa al artículo 76. Dice el actor que en ninguna de las atribuciones allí señaladas al Congreso, ni concretamente en la de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes, "aparece la atribución parlamentaria para ir a aprobar un Acuerdo sancionado seis años antes"; pero a ello se observa que unas son las funciones del Congreso como rama del Poder Público integrada por el Senado y la Cámara de Representantes, otras las que separadamente corresponden a cada una de estas dos Corporaciones y otras las comunes a ambas; que la misma Constitución discrimina las facultades especiales del Congreso (artículo 76), las especiales del Senado (artículos 96, 97 y 98) y las espe-

ciales de la Cámara de Representantes (artículos 102); y que, además, existen todas aquellas referentes a múltiples materias que pueden ser objeto de la legislación por voluntad del Constituyente, como la formación de nuevos departamentos; la reglamentación del derecho de huelga o la prestación de la asistencia pública.

Consideró el demandante que la enumeración de atribuciones contenida en el artículo 76 es taxativa, y como allí no se encuentra la de imponer tributos incurrió en el error de afirmar que la autorización dada al Municipio de Barranquilla carecía de apoyo constitucional. Que en tiempo de paz aquella facultad reside en el Congreso se infiere, muy por el contrario, del contexto de los artículos 43 de la Carta que así claramente lo expresa; 191 y 197, en cuya virtud las Asambleas Departamentales y los Concejos pueden establecer contribuciones de conformidad con la ley, y 80, según el cual "las leyes sobre contribuciones... deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes", como una de las excepciones al principio general consagrado en el artículo 79.

Consiste el sexto y último cargo en la pretendida violación del artículo 31 (artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910), en cuanto esta norma constitucional sólo permite conceder "privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación". Pero la acusación por este concepto es a todas luces improcedente, ya que la atribución dada a los Concejos para votar, con sujeción a la ley, "las contribuciones y gastos legales", necesariamente ha de ejercerse, como la que tienen las Asambleas respecto de los Departamentos, de acuerdo con las necesidades, condiciones sociales y recursos fiscales de cada lugar. Sostener que ninguna contribución puede establecerse por la ley en un determinado Departamento o Municipio, sin que simultáneamente se autorice ella en las demás secciones del país, aunque éstas no lo necesiten o la requieran en mayor o menor grado, so pretexto de que lo contrario constituiría un "privilegio", sería —entonces sí— dar pábulo a las que el demandante denomina "inseguridad tributaria" y "avidez de ciertas entidades de derecho público, que sedientas de gravámenes, no ocultan sus deseos de aumentar las contribuciones ciudadanas o de crear y exagerar otras nuevas".

No encuentra la Sala, finalmente, que con la expedición del precepto acusado se hayan violado otros textos o principios constitucinales distintos de los invocados en la demanda ni que éstos lo hubieran sido por causa o razón distinta de las alegadas y, por tanto, no habrá de darle aplicación a la parte final del artículo 2º de la ley 96 de 1936, como se pide en el libelo.

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto de la Procuraduría General de la Nación y de acuerdo con él, declara que es exequible el artículo 1º de la ley 34 de 1932, por el cual se autorizó al Municipio de Barranquilla "para seguir cobrando el impuesto de un centavo por locomoción urbana, que tiene creado, con aplicación a la instrucción pública".

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Roberto Goenaga. — Luis Felipe Latorre U.— Manuel Barrera Parra. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis Enrique Cuervo A. — Jesús Estrada Monsalve. — Agustín Gómez Prada. — José Ignacio Gómez Posse. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Ricardo Jordán Jiménez. Julio Pardo Dávila. — Néstor Pineda. — Domingo Sarasty Montenegro. — Alberto Zuleta Angel. Luis Zafra. — Ernesto Melendro L., Secretario.

SE ABSTIENE LA CORTE DE CONOCER DE UNA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD POR HALLARSE SUSPENDIDA LA NORMA ACUSADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. —Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

El ciudadano Jorge Dávila demanda que se declare la inexequibilidad del aparte c), ordinal 1º, del aparte d), ordinal 2º, del artículo 7º y el artículo 122 de la Ley 3ª de 1945 sobre Código de Justicia Penal Militar.

Considera que cuando el artículo 7º de la citada ley atribuye competencia a la justicia militar para conocer de infracciones cometidas por personas particulares, y cuando el artículo 122 del mismo estatuto permite que en tiempo de turbación del orden público sean convocados Consejos de Guerra Verbales para juzgar a particulares, se quebranta el principio constitucional de la separación de los poderes públicos, puesto que, en su sentir, la facultad de administrar justicia corresponde primordialmente a la rama jurisdiccional ordinaria, y sólo por vía excepcional y para determinado grupo de negocios o de personas, compete a jurisdicciones especiales impartir justicia.

Dice que no es constitucionalmente posible para el legislador, ampliar la órbita de las jurisdicciones especiales más allá de los límites fijados en la propia Carta. Y de ahí desprende que en este caso la Ley 3ª de 1945 extralimitó las facultades que corresponden a la rama legislativa, al atribuír a la justicia penal militar el conocimiento de delitos cometidos por civiles, aún en tiempo de paz.

Señala como disposiciones quebrantadas los artículos 170, 61, 26, 58 y 78 de la Constitución Nacional.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el aparte c), ordinal 1º del artículo 7º de la citada ley es constitucional, "pero sólo respecto de hechos ejecutados con posterioridad a la declaración del estado de sitio, formulada en los términos prescritos por el artículo 121 de la Constitución Nacional". Que el aparte d), ordinal 2º del mismo artículo, es constitucional. Y que el artículo 122 de la ley, es inconstitucional solamente en cuanto permite aplicar el Código Penal Militar a los particulares, por hechos ocurridos con anterioridad a la declaración del estado de sitio.

La Corte observa que la Ley 3ª de 1945, a la cual pertenecen las disposiciones acusadas, fue suspendida por el Decreto Legislativo 1125 de 1950, sobre nuevo Código de Justicia Penal Militar, que a su vez ha sido modificado en varias ocasiones posteriores.

Acontece entonces que en virtud de normas dictadas con posterioridad a la presentación de la demanda, las disposiciones acusadas han dejado de pertenecer al régimen legal vigente.

Y como por obvias razones no es posible a la Corte entrar a decidir sobre la constitucionalidad de las reglas que sustituyeron a las acusadas, desde luego que ellas no son objeto de la demanda, apenas corresponde a la Sala inhibirse de conocer en el fondo de la presente acción, para permitir que en la hipótesis de que las normas acusadas vuelvan a tener vigencia, resulte viable en el futuro intentar nueva demanda de inexequibilidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, decide que no es el caso de resolver en el fondo sobre la acusación propuesta.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Roberto Goenaga. — Manuel Barrera Parra.— Aníbal Cardoso Gaitán.—Luis Zuloaga Cuervo.— Jesús Estrada Monsalve. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. — José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez. — Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Felipe Latorre. — Julio Pardo Dávila. — Néstor Pineda. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR. — NO ES NECESARIO QUE EN EL PROCESO ESTEN PLENAMENTE ACREDITADOS LOS CONOCIMIENTOS O PRACTICAS QUE SE REQUIEREN EN LOS PERITOS, PARA QUE PUEDA DARSE VALOR A UN PERITAZGO

1—Cuando el ejecutante incurrió en abuso del derecho de litigar al solicitar un embargo, no queda relevado de responsabilidad y de la consiguiente obligación de indemnizar perjuicios por el hecho de que el secuestre hubiera sido negligente en la administración de la cosa secuestrada.

2—Una cosa es que un dictamen aparezca debidamente fundamentado y explicado, y otra distinta que las razones del dictamen, a su vez, tengan la debida prueba en el proceso, pues lo primero es indispensable mas no lo segundo. El Juez es quien debe apreciar si el dictamen aparece debidamente fundamentado, pero los "conocimientos o prácticas especiales" que se requieren en los peritos no es necesario que estén acreditados de manera plena o completa, sino apenas que de los conocimientos generales o de los datos procesales aparezcan ante los ojos del juzgador como serios y razonables.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe resolver la Corte lo que se estime legal en relación con el recurso de casación interpuesto por José Hernández contra la sentencia de 7 de julio de 1954, proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Oliverio Castillo contra el mentado Hernández y el doctor Ruperto Molina S.

Por medio de dicha sentencia revocó el Tribunal la proferida por el Juzgado del Circuito de Florencia y resolvió lo siguiente:

"1º—El señor José Hernández, al solicitar las medidas preventivas para asegurar el pago de la suma de cinco mil seiscientos cincuenta pesos, ($ 5.650.00) m. c., que el señor Oliverio Castillo le adeudaba a mutuo y con interés, pretextando no hacer el juicio ilusorio en sus efectos, abusó del derecho que la ley le otorgaba para pedirlas y obtenerlas, pues sin emplear la prudencia y diligencia que toda persona debe usar en el ejercicio de sus derechos, se excedió en el embargo y el secuestro de dichos bienes.

"2º—El señor José Hernández, al solicitar el embargo y secuestro preventivo de bienes de propiedad del señor Oliverio Castillo por una cuantía notoriamente desproporcionada al valor de su acreencia, ocasionó perjuicios al señor Castillo, perjuicios que debe indemnizar.

"3º—Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condena al señor José Hernández, mayor y vecino de Neiva, a pagar al señor Oliverio Castillo la cantidad de doce mil novecientos siete pesos ($ 12.907.00) m. c., tres días después de ejecutoriado el presente fallo, por razón de los perjuicios sufridos por éste como lucro cesante de la lancha secuestrada.

"4º—Se absuelve al doctor Ruperto Molina Sánchez de los cargos de la demanda.

"5º—Sin costas en las dos instancias".

Antecedentes

1º—Por documento de fecha 26 de enero de 1949, Oliverio Castillo se constituyó deudor de José Hernández, por la suma de diez mil pesos, recibidos de éste con plazo de seis meses y con intereses del 1½% mensual y para garantizar el

pago constituyó prenda sobre doscientas reses de cría que pastaban en el hato llamado "Caño-Grande", de los Llanos de Yarí, Comisaría del Caquetá (f. 1 del C. Nº 2). A buena cuenta de su obligación abonó Castillo $ 4.350.00 y se acordó una prórroga para el pago del resto (fls. 13 del c. 1, 30 y 37 del c. 2 y 16 v., del c. 3).

2º—Las alteraciones del orden público en los Llanos hicieron que Castillo tuviera que internarse en el Yarí y, habiendo regresado en enero de 1952 a San Vicente, fue apresado y remitido a Florencia (fls. 13 del c. 1, 31 del c. 2 y 6 v. del c. 3). Pero antes de saberse de la suerte de Castillo Hernández inició juicio ejecutivo contra aquél, por la cantidad de $ 5.650.00 y sus intereses, y fue así como en octubre de 1951 pidió el mero embargo y el secuestro preventivo de los siguientes bienes de Castillo, diciendo que "con motivo de los recientes hechos de San Vicente se ignora el paradero del deudor":

a).—La finca La Siberia, ubicada en San Vicente; y,

b):—Doscientas cabezas de ganado, de las cuales fueron secuestradas dos partidas por un total de $ 22.100.00.

Diez días después solicitó el embargo y secuestro de la lancha denominada "La Rosalba", con capacidad de veinte toneladas, que fue secuestrada el 27 de octubre de 1951 y estuvo en poder del secuestre, Francisco Vallejo, hasta el 9 de diciembre de 1952, no obstante que fue levantado el embargo el 29 de octubre de este mismo año y el embargo y secuestro de semovientes de propiedad del ejecutado, "marcados con su marca quemadora y en cualquier número que se encuentren" (fl. 36 a 49 del c. 2).

3º—El Juzgado del Circuito de Florencia dictó mandamiento de pago contra Castillo en auto de 20 de agosto de 1952, que le fue notificado a éste el 23 del mismo mes (fls. 42 y v.).

4º—El 20 de octubre de 1952 el ejecutante pidió el desembargo de todos los bienes, por haber recibido el pago de la deuda "con sus intereses y costas en su totalidad", o sea la suma de $ 8.500.00 (f. 43 del c. 2). Esta deuda la pagó Castillo con la venta de treinta y cuatro (34) reses que le había vendido al señor Ramón Rodríguez, quien declara que "pagué a Hernández la suma de $ 8.500.00 que dijo el señor Hernández que era el valor total de la ejecución" y que "la venta se hizo por más de doce mil pesos" (fls. 30 y 60 del c. 2 y 16 v. del c. 3).

5º—Con fundamento en los anteriores hechos, el actor demandó a Hernández y a su apoderado doctor Molina para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primero, que Hernández, al solicitar las medidas preventivas en el juicio ejecutivo, "abusó del derecho que la ley le otorgaba para pedirlas y obtenerlas, pues se excedió en el embargo y el secuestro de dichos bienes, sin emplear la prudencia que todo ciudadano previsivo emplea en el ejercicio de sus derechos.

Segundo, que por razón de las diligencias "adelantadas en el mes de octubre de 1951, procedió con **animus nocendi** o, al menos, con falta de precauciones, con lo cual ocasionó perjuicios de consideración" a Castillo.

Tercero, que como consecuencia, está en la obligación de pagarle:

a).—El monto de los perjuicios ocasionados con la mala administración de los secuestres de los bienes;

b).—Los saldos que "de los respectivos juicios de cuentas" se dedujeren en contra de los mentados secuestres;

c).—Los intereses que al dos por ciento recibió de más, pues se estipularon al uno y medio por ciento mensual;

d).—Los intereses de la suma pagada en exceso por Castillo, a la rata del dos por ciento mensual; y

e).—Los gastos hechos para la recuperación de los bienes, incluyendo en ellos "los honorarios judiciales" en las distintas acciones.

Cuarto, que el doctor Molina, como apoderado judicial de Hernández, "se hizo solidariamente responsable" del pago de los perjuicios.

6º—El Juzgado del Circuito de Florencia, en sentencia de 18 de febrero de 1954, niega las peticiones de la demanda y absuelve a los demandados de los cargos que se le hacen en este juicio.

Para resolverlo así el Juzgado conceptuó que el actor denunció para el pago, al ser requerido para ello en el juicio ejecutivo, los mismos bienes que le habían sido secuestrados, con excepción de la lancha y, además, un mayor número de ganados; que en el documento había ofrecido en prenda 200 reses de cría; que la inseguridad, por la violencia, que reinaba entonces en la región, no hacía excesivo que se decretaran medidas preventivas al parecer sobreabundantes; que no consta que hubiera solicitado Castillo la reducción del embargo y secuestro ni, menos aún,

nos, el levantamiento de esas medidas; que no se probó el cobro de intereses superiores a los estipulados; que el secuestre no es dependiente del ejecutante y no tiene obligación de responder por él; que varios de los perjuicios alegados no se demostraron; que el secuestre es quien debe de dar cuenta de sus actos y no Hernández ni su apoderado; que tampoco se demostraron los perjuicios morales reclamados; que el abogado obraba a nombre y por cuenta y riesgo de Hernández y no debe responder ante terceros, ni se trata de un caso de solidaridad. Tales son, en síntesis, las principales razones del Juzgado para su fallo absolutorio.

7º—El Tribunal, en cambio, hizo las declaraciones y la condena indicada al principio de esta providencia. Y como sus argumentos son el objeto del recurso de casación, conviene indicar los esenciales de su fallo.

Dice, pues, la sentencia, en lo sustancial:

Los ganados dados en prenda y marcados con la cifra del acreedor garantizaban con exceso el importe de la deuda; en vista de la perturbación del orden público en el Caquetá le hubiera bastado al acreedor, como medida de prudencia, recurrir al embargo de la finca de "La Siberia"; "pero el ejecutante no sólo embargó la finca sino también embargó y secuestró los ganados vacunos y, además, los caballares por un valor apreciado en el momento del secuestro en $ 22.100.00, que cubrían fácilmente casi cuatro veces la cuantía del crédito; pero esto no le bastó y adicionó su pedimento con el secuestro de la lancha que, en las condiciones de Castillo, venía a constituir su única fuente de ingreso, y más luégo, siendo esto aún poco, a todos los ganados del actor, "en cualquier número que se encuentren". Todo ello cuando en meses anteriores Castillo había ofrecido a Hernández cubrirle la totalidad del crédito y éste había rehusado, concediéndole la prórroga prevista en el propio documento de deuda y cuando las relaciones comerciales entre Castillo y Hernández tenían una antigua data" (f. 9 del c. 4º).

Pero no se puede deducir responsabilidad por los actos del secuestre, porque el secuestre tiene su responsabilidad propia y no es un dependiente del ejecutante, sino un agente de la justicia; ni procede tampoco deducir responsabilidad al apoderado del actor, porque actuó en representación de su mandante y por cuenta y riesgo de éste, sin que quepa deducírsele tampoco por el aspecto de la solidaridad contemplada en algunos preceptos del Código Civil.

Como aparece claro que el embargo y secuestro de la lancha "La Rosalba" carecía de toda justificación, se privó a Castillo de su explotación y sufrió por ello un perjuicio consistente en lucro cesante, pero no en daño emergente, pues éste fue obra del secuestre, lucro cesante que fue avaluado por peritos. Este lucro cesante debe computarse desde el 27 de octubre de 1951, fecha del secuestre, hasta el 23 de agosto de 1952, fecha en que al ejecutado se le notificó el mandamiento de pago y en que ha podido ofrecer caución de saneamiento y pedir el desembargo o interponer otras acciones en defensa de sus derechos, lo que da la suma de $ 12.907.00.

El Tribunal no encuentra probados tampoco —añade luégo— los perjuicios por el embargo y secuestro de los semovientes, ni por el embargo de la finca de "La Siberia", pues la oportunidad que Castillo alega de haber podido vender dicho inmueble es apenas una mera eventualidad difícil de concretar económicamente.

En cuanto a la devolución de intereses, que pagó el 2% mensual y no el 1½%, según estipulaba el contrato, no se deduce responsabilidad, por varias razones: porque al transigir el juicio ejecutivo se allanó el ejecutado Castillo a pagar ese interés; porque no empleó las vías judiciales para obtener la reducción de intereses; y porque esa devolución no entra en el concepto de perjuicios, sino de una acción de reintegro diferente a la incoada en la demanda (fls. 5 a 12 del c. 4º).

En resumen, la única condena que hizo el Tribunal, fue la de $ 12.907.00, por concepto de lucro cesante ocasionado por el secuestre de la lancha "La Rosalba", desde la fecha en que se practicó hasta que al deudor se le notificó el mandamiento ejecutivo de pago.

Demanda de casación

Contra la sentencia de que se viene hablando alega el recurrente la causal primera de casación, de que habla el artículo 520 del Código Judicial, o sea, la violación de ley sustantiva, por tres motivos:

1º—Porque el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho, que se puntualizan;

2º—Porque al condenar a pagar el valor del lucro cesante de la lancha "La Rosalba", se le cargó al demandado una responsabilidad que no es suya, sino del secuestre; y

3º—En subsidio, porque al acoger el Tribunal el dictamen pericial sobre el lucro cesante, incu-

rrió en errores de hecho y de derecho, que también se especifican.

Debe, pues, examinar la Corte dichos cargos y a ello se procede.

PRIMER CARGO: errores de hecho y de derecho

El Tribunal llegó "a la conclusión de que el demandado incurrió en culpa al embargar preventivamente bienes del actor en cuantía excesiva o exagerada en relación con el monto del crédito cuyo pago se trataba de garantizar con ese embargo", olvidando la cuantía probable de la deuda en el momento de hacerse el pago al acreedor y sin tener en cuenta "qué bienes fueron realmente secuestrados y cuál era su valor en el momento del secuestro, fijado con pruebas pertinentes y legales".

Sobre la cuantía probable de la deuda alega el recurrente:

Primero, la cuantía de la deuda era en el momento del embargo preventivo de $ 8.500.00, computando capital e intereses, como se desprende del auto de mandamiento de pago y de lo afirmado por el actor en el hecho 27 de la demanda.

Segundo, los juicios, en nuestro medio, duran de dos a tres años, lo que recarga el capital por concepto de intereses, a los cuales deben agregarse los gastos y costas del pleito, en que deben incluirse los honorarios de abogado, que se fijan generalmente en un 15% a un 20% del monto total de la obligación.

Y tercero, los intereses del capital al 2% mensual, los honorarios del abogado, estimados en un 15%, y los gastos en cuantía no menor de $ 200.00, hubieran sumado "para la fecha del remate", una cantidad que puede fijarse en $ 14.000.00, calculando la duración del juicio en no menos de dos años. El ejecutante ha podido, pues, embargar bienes por un valor de $ 20.000.00 para seguridad del pago, pues el ejecutante puede rematar por el 70% del avalúo de los bienes, según el artículo 1º de la Ley 178 de 1936.

Ahora bien, el Tribunal incurrió en los siguientes errores manifiestos:

a).—Error de derecho, al estimar como prueba el acta de secuestro practicada en los días 9 y 11 de julio de 1952, en cuanto considera que las 52 reses secuestradas valían $ 22.100.00, ya que su valor lo señaló el Juez territorial de San Vicente del Caguán por sí y ante sí, y no dos peritos designados en forma legal (arts. 705, 719, 720 y 721 del C. J.).

b).—Error de hecho al considerar que la finca de La Siberia fue en realidad materia del comercio, pues eso no está demostrado con la nota de embargo ni con la constancia del registro; y error de hecho al reputar que dicha finca tenía valor para asegurar la efectividad del crédito, ya que no fue avaluada por peritos.

c).—Error de hecho al reputar que la lancha "La Rosalba" tuvo valor que obligara a pensar que hubo exceso en el secuestro de bienes, "cuando ese valor no está establecido en el proceso".

d).—Si para ese fin tuvo en cuenta el dictamen pericial que obra en el expediente (fls. 72 y 73 del c. 2), incurrió en dos errores: en uno de derecho, pues el dictamen sobre el avalúo de la nave no se pidió como prueba (fls. 7 v. y 8 del c. 2), quebrantando el numeral 3º del artículo 597 del c. j.; y en un error de hecho, porque "la fundamentación en que descansa dicho dictamen es falsa o inexacta", pues está desvirtuada con el dicho del funcionario que hizo la entrega, con lo cual se quebrantó el artículo 721 del Código Judicial.

"El valor de los bienes sobre los cuales se trabó realmente embargo y secuestro preventivo no está determinado en el proceso", concluye el recurrente, y, por tanto, "falta el punto obligado de referencia para esclarecer si el demandado se excedió en el ejercicio de su derecho al solicitar dicha medida preventiva y determinar consiguientemente si incurrió en culpa".

De no haber incurrido en los errores que se dejan apuntados, no se le habría imputado al demandado una culpa que no se demostró en el juicio y, como consecuencia, el Tribunal quebrantó "los artículos 2341 y 2356 del código civil, al condenar al demandado a indemnizar perjuicios con base en una culpa inexistente".

Se considera:

Principiando por las cuestiones de hecho que el recurrente plantea como errores del Tribunal, se tiene:

a).—Los animales secuestrados no fueron cincuenta y dos, como lo afirma el recurrente, sino setenta y uno, sin contar las crías de veinticinco vacas y de seis yeguas que quedaron incluidas con sus madres, pues con ellas sumarían ciento dos semovientes (no ciento uno, como dice el Tribunal).

En cuanto a su precio, no es exacto que el Tribunal tomara la tasación que se hizo "en las respectivas diligencias" de secuestro como un peri-

tazgo, sino como un simple dato confirmado por el que dan Eliseo Losada y Jorge Losada (fls. 58 y 59 del c. 2), ganaderos que asistieron a la marca de las reses pignoradas y que calculan su valor promedio en $ 200.00 por cabeza. Ya se dirá lo que se estime pertinente al estudiar a fondo este primer cargo.

b).—El Juzgado del Circuito de Florencia, en auto de 26 de octubre de 1951, decretó "el embargo preventivo de la finca raíz denominada "Siberia" y ordenó dar cuenta de esa medida al Registrador, medida que fue comunicada a este funcionario en oficio de 5 de noviembre de 1951 (fls. 38 v. y 40 del c. 2). Al ejecutante nada le quedaba por hacer en relación con su propósito de sustraer del comercio este bien del ejecutado.

El Tribunal no dijo aceptar determinado precio de la finca, que aparece en el catastro como de extensión de 200 hectáreas y con un valor de diez mil pesos ($ 10.000.00) (f. 19 del C. 3).

c y d).—En el memorial de pruebas pidió el demandante que tasaran los peritos el "valor del lucro cesante", o sea, "lo que dejó de ganarse en su lancha "La Rosalba", y, además, el "valor de los perjuicios materiales sufridos por Castillo a consecuencia de la entrega inutilizada de la lancha" (f. 8 del c. 2), lo que implica el avalúo de la lancha misma. Es más, al correr traslado del avalúo y, como los peritos no hubieran tasado la citada lancha, por hallarse "en el fondo del río Orteguaza, en el puerto de Venecia" (f. 64 del c. 2), pidió que ampliaran su dictamen sobre los perjuicios materiales, "perjuicios que no son otros —dice el apoderado— que lo que valía la lancha inutilizada antes de ser secuestrada", y al efecto dicen los peritos que la mentada lancha valía, "antes de ser entregada en secuestro al señor Francisco Vallejo dentro del juicio ejecutivo que en su despacho adelantó don José Hernández contra Castillo, y teniendo en cuenta las condiciones de su construcción, el buen estado de servicio en que se hallaba, la capacidad transportadora de la misma que era hasta de veinte toneladas, y el precio comercial de esta clase de embarcaciones,... que su valor comercial era de catorce mil pesos moneda corriente ($ 14.000.00)" (f. 72 del c. 2).

Respecto del error de hecho alegado, esto es, al en que incurrieron los peritos al avaluarla, ya se dirá lo pertinente al examinar el último cargo.

Viniendo al fondo de la cuestión, lo que arguye el recurrente se funda en la creencia de que el Tribunal no calculó con justeza el valor de la deuda, aceptó como peritazgo el valor que a los animales se les dió en el momento del secuestro, y en el proceso no se hicieron avaluar por peritos los bienes embargados y secuestrados.

Pero esta alegación carece de fundamento, pues lo que el Tribunal tuvo en cuenta para deducir el exceso de las medidas preventivas fue la confesión del acreedor demandado Hernández.

Dice el Tribunal en lo pertinente:

"El 20 de octubre de 1952 el ejecutante Hernández, mediante su apoderado, pidió al Juzgado el desembargo de todos los bienes, por pago de la deuda "con sus intereses y costas en su totalidad", cubriendo por ella intereses superiores a los pactados en el documento original. Según confiesa Hernández (f. 30 v. del c. 2), recibió en total $ 8.500.00 por concepto de capital, intereses y costas, parte apenas del producto de la venta de 34 reses de propiedad de Castillo vendidas al señor Ramón Rodríguez, quien declara que "pagué a Hernández la suma de $ 8.500.00 que dijo el señor Hernández que era el valor total de la ejecución", y agrega: "la venta se hizo por más de doce mil pesos". Es decir, con treinta y cuatro reses no más se atendía al pago total de la ejecución, y sobraba además dinero por más de tres mil quinientoos pesos. A Hernández no le fue suficiente en un comienzo el respaldo de doscientas reses que Castillo le había pignorado, ni el secuestro de ciento una reses, de las mismas calidades de aquellas treinta y cuatro con las que se atendió al pago del ejecutivo". (f. 6 v. del c. 4º y subraya la Corte).

Y es que Hernández, no sólo acepta haber recibido el pago de la deuda, sino haber hecho la liquidación previa de dicha deuda, con sus intereses y costas, incluyendo honorarios de abogado, y declara que el pago lo recibió de manos de Ramón Rodríguez con parte del dinero proveniente de la venta de treinta y cuatro animales. Dice así en lo pertinente:

"Segunda.—Diga el absolvente cómo es cierto, si o nó, que usted le entregó o dió a Ramón Rodríguez la liquidación que él le pidió de la ejecución suya contra Oliverio Castillo, con las siguientes cifras: $ 5.650.00 por concepto de capital, $ 2.429.50 por concepto de intereses, y $ 420.50 por concepto de honorarios de abogado? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó. Tercera.—Diga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, al señor Ramón Rodríguez le canceló a usted el valor de $ 8.500.00 valor de la liquidación hecha por us-

ted sobre la ejecución contra el señor Oliveria Castillo, cancelación que hizo en el mes de octubre de 1.952? CONTESTO: Recibí de Ramón Rodríguez $ 8.500.00 por principal, por gastos del juicio y por intereses, rebajándole parte, en el mes de octubre de 1952. Leída la aprobó... Quinta.—D'ga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, el señor Ramón Rodríguez vendió las treinta y cuatro reses de que trata la pregunta anterior y con su producto le efectuó el pago de la obligación de Castillo, habiendo sobrado dinero? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó". (f. 30 y v. del c. 2 y subraya la Corte).

Natural es que el Tribunal tuviera en cuenta la liquidación hecha por el propio acreedor demandado Hernández, con intereses, costas y honorarios de abogados y el valor, que acepta éste, en que se vendieron los treinta y cuatro animales con que se le pagó. Si los secuestrados fueron setenta y uno, vendidos al precio en que lo fueron los treinta y cuatro con que aparece cancelada la obligación, habría tenido como respaldo de ella una suma de casi veinticinco mil pesos. A ello añade el Tribunal, por la posible dificultad de que la perturbación del orden público impidiera obtener la venta de los semovientes, el embargo de la finca de La Siberia, cuyo valor no da, pero que en el Catastro figura tasada en $ 10.000.00 (Véase casación de 15 de julio de 1925. G. J. tomo XXXI, números 1.633-34, página 326).

En estas condiciones, pueden aceptarse los cálculos del recurrente, de que la deuda podía subir a $ 14.000.00 en el momento del remate de bienes y de que había podido subir el embargo de bienes a $ 20.000.00, y todavía resultaría excedente y con mucho (casi en $ 15.000.00) el valor de los bienes que le servían de garantía al cumplimiento de la obligación.

Parecen más que suficientes estas consideraciones para concluir que no incurrió el Tribunal en los errores apuntados por el recurrente y que, por tanto, debe desecharse, como se desecha, el cargo.

SEGUNDO CARGO. — La responsabilidad del secuestre

"En el punto tercero de la parte resolutiva del fallo acusado —dice el recurrente— el Tribunal condenó al demandado a pagarle al actor la suma de $ 12.907, "por razón de perjuicios sufridos por éste como lucro cesante de la lancha secuestrada".

Según dice el Tribunal, Castillo "fue privado de la explotación del vehículo fluvial" y desde la fecha del secuestro hasta la notificación del mandamiento ejecutivo ha podido realizar con él cinco viajes redondos, que hubieran dado aquel producido, y esta condena corresponde en parte a lo pedido en el punto a) de la súplica tercera de la demanda.

Pero si la lancha "La Rosalba" no se explotó durante el tiempo dicho, la responsabilidad por el lucro cesante no le corresponde al demandado Hernández, sino al secuestre, si no ha cumplido con sus deberes de administrador con el cuidado y diligencia debidos, respondiendo hasta de la culpa leve. Falta la necesaria relación de causalidad entre el hecho del secuestro y el perjuicio a cuya indemnización se condena: el secuestre, si no hizo producir la nave, es "quien debe responder por el lucro cesante al dueño o demandante, ya que sólo sobre él gravitaba la obligación de administrarla".

Y concluye el recurrente:

Al imponerle el Tribunal a Hernández "la obligación de reparar perjuicios consistentes en el lucro cesante de la nave secuestrada "La Rosalba", quebrantó, por falta de aplicación al caso controvertido, los artículos 566 (en su aparte b) del numeral 4º) y 287 del Código Judicial, y 2158, 2181, 2183 y 2155 del Código Civil, y al imponerle esa misma obligación, cuando no era él quien debía responder por ella, desde luego que la culpa que originó el presunto daño no es suya, quebrantó en forma directa y por aplicación indebida los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, en cuanto consagran la regla general de que nadie responde sino del daño que origina su propio hecho o culpa, o en cuanto exigen relación de causalidad entre ésta y aquél. "Y si es que el Tribunal entendió que con base en estas dos normas, o en los artículos 2.347 y 2.349 ibidem, podía condenar a mi representado por una culpa que no es suya, ni de persona por quien él esté obligado a responder, entonces el cargo lo formulo por interpretación errónea de esas disposiciones, pues es contrario tanto a su tenor literal como a su espíritu darles semejante interpretación".

Se considera:

Como dice el opositor, se involucran dos especies de responsabilidad, la del secuestre por mala administración de la cosa secuestrada, que aquí no se discute, y la del abuso en el ejercicio del

derecho de litigar. "Al señor Hernández se le condena a pagar perjuicios —prosigue— por haber abusado en el ejercicio que la ley concede de pedir embargo de bienes de su deudor. Aquí el único demandado es el autor de las excesivas medidas coercitivas a que recurrió, en perjuicio notorio y evidente de los intereses de don Oliverio Castillo".

Dicho de otro modo, si el secuestro de la lancha no hubiera sido excesivo, si se hubiera ajustado a derecho, el secuestre tenía la responsabilidad que el recurrente invoca por el mal desempeño de su cargo; pero aquí no se ha exigido esa responsabilidad por la mala administración propiamente, sino por haber pedido en forma abusiva o excesiva que se decretara tal medida, esto es, por haber privado del goce de la nave a su dueño siendo ello innecesario. El perjuicio no se hubiera ocasionado si el actor Hernández no hubiera pedido y obtenido el embargo y secuestro de la lancha, en forma imprudente; por tanto, el hecho es suyo, porque fue él y no persona distinta la que lo realizó mediante la acción de las autoridades.

Por tanto, se desecha este cargo.

TECER CARGO. — Dictamen pericial sobre el lucro cesante

En forma subsidiaria ataca el recurrente el fallo en cuanto el Tribunal acoge el dictamen de los peritos que calculan en cinco viajes los que hubiera podido realizar la lancha "La Rosalba" y el producto bruto y gastos de cada viaje para deducir el producido líquido.

Los peritos parten de la base de que la nave podía conducir 15 toneladas de ida y 15 de regreso y fijan el valor de transporte de cada tonelada en ciento treinta pesos, y sólo dan como explicación de su concepto que la "lancha estaba en buenas condiciones para viajar" y que "conocieron personalmente la embarcación".

Mas ocurre lo siguiente: el "número de toneladas que realmente se transportaron en cada viaje" no se demostró, como ha debido hacerse, y ello no era punto de prueba pericial; tampoco se probó el valor del transporte de cada tonelada y el único declarante que sobre esto atestigua, Rubén Bolaños, dice que valía $ 120.00; la lancha no estaba en buenas condiciones de funcionamiento, como se deduce de lo expuesto por el funcionario que hizo la entrega, que dice que el motor estaba "en regular estado... con los anillos pegados, lo que impide su funcionamiento normal" (fls. 39 y 40 del c. 2) y lo reafirma el declarante Alejandro Tovar, que le hizo las reparaciones al motor (f. 15 v. ibidem); por último, no tiene base alguna probatoria los datos sobre gastos hechos en cada viaje por razón de combustible, personal, alimentación, etcétera, pues lo único que al respecto obra es la declaración de Alfonso Yalí (F. 20 v. ibidem).

El Tribunal incurrió, por tanto, en un error de hecho al darle valor a un dictamen que carece de debida fundamentación y quebrantó el artículo 721 del Código Judicial, incurrió en error de derecho al darle el valor de plena prueba, del que está desprovisto, y, como consecuencia de tales errores, violó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Se considera:

Estima la Corte que una cosa es que un dictamen aparezca debidamente fundamentado y explicado, y otra distinta que las razones del dictamen, a su vez, tengan la debida prueba en el proceso, pues lo primero es indispensable mas no lo segundo. El Juez es quien debe apreciar si el dictamen aparece debidamente fundamentado, pero los "conocimientos o prácticas especiales" que se requieren en los peritos no es necesario que estén acreditados de manera plena o completa, sino apenas que de los conocimientos generales o de los datos procesales aparezcan ante los ojos del juzgador como serios y razonables.

A los peritos no se les pidió que dictaminaran sobre el número exacto de viajes hechos por la lancha, ni sobre el cupo de la misma, ni sobre el valor del transporte de cada tonelada, en una palabra sobre los factores de hecho en que debían basar su dictamen, sino que expresaran cuál era, en su concepto, el valor del lucro cesante, o sea, lo que el dueño dejó de ganar si la hubiera tenido en su poder, deducido el valor de los gastos que era necesario efectuar en los viajes (fl. 8 del c. 2). Naturalmente que los expertos debían tener presentes dichos factores y en efecto los tuvieron: ellos conocían personalmente la lancha, "el cupo de carga con que viajaba", el precio usual del transporte en la región, los gastos de personal y combustible, y tuvieron en cuenta las pruebas del expediente, como lo manifiestan. Otra cosa es que la nave hubiera estado inservible, pero hecho distinto se desprende del expediente, o sea, que previas reparaciones de poca entidad,

se dio al servicio: así lo declaran Luis Alfonso Yalí (f. 20 del c. 2), Ismael Cerquera (f. 21 v.) y en la diligencia de secuestro se hizo constar que el hecho de tener los anillos pegados al motor no constituye "un verdadero daño".

De otro lado, "en innúmeras decisiones de la sala de casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla, sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos" (Casación de 30 de abril de 1942, G. J., tomo LIII, números 1.984-85, página 391).

El Tribunal encontró el dictamen debidamente fundamentado y por eso le dió acogida y el recurrente no demostró que hubieran incurrido los peritos en verdadero error que aparezca de manifiesto en el proceso.

No existen, pues el error o los errores que el recurrente anota y, por tanto, este cargo también debe ser desechado.

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 recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

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

Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro L., Secretario.

LA PRUEBA INDICIARIA NO ES ADMISIBLE POR SI SOLA PARA ACREDITAR LA FILIACION NATURAL. — ALCANCE DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LOS INDICIOS

1—En casación debe respetarse la soberanía de los Tribunales cuando fallan manejando la prueba de indicios, pero únicamente cuando los Tribunales califican las inferencias como graves, precisas y conexas, porque este campo de la actividad mental del juzgador no puede ser invadido por la Corte.

Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador o básico no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretende demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base falsa, no puede llevarlo racionalmente a concluir que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

2—Como lo ha dicho la Corte: "No es admisible la prueba indiciaria por si sola para acreditar la filiación natural, así sean de numerosos, graves, precisos y concordantes los indicios que se hayan producido dentro del juicio. Las presunciones judiciales podrán utilizarse con naturales limitaciones, según fuere el caso, para comprobar circunstancias relacionadas con los extremos señalados en las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pero la prueba de indicios, por si sola, es ineficaz para la comprobación de la paternidad natural en situaciones que no encajan extrictamente dentro de alguno de los casos previstos en el artículo 4º de la citada ley".

3—Para que se pueda hacer la declaración judicial de paternidad natural con base en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, no basta que se aleguen como pruebas los dichos de personas que apenas declaran que conocieron la existencia de tales relaciones, si no afirman hechos concretos de los que se deduzca de modo evidente la existencia, la continuidad y la notoriedad de las mismas. Ni es suficiente que los testigos digan que les consta que el presunto padre dio dinero en algunas ocasiones a quien se pretende ser su hijo, para que pueda tenerse como comprobada la posesión notoria del estado civil de hijo natural; sino que es menester que exista un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten que durante diez años continuos, por lo menos, el presunto padre trató y presentó como hijo suyo al interesado en la declaración de hijo natural, y que proveyó a su subsistencia, establecimiento y educación; y tales testimonios deben recaer sobre hechos concretos y determinados conocidos objetivamente por los testigos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo tres (3) de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Lucila de Rodríguez inició juicio ordinario contra la sucesión testada e iliquida de Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete, representada por sus albaceas y asignatarios, según el testamento, para que se declare:

Primero.—Que Lucila Ramos o Escobar, hoy de Rodríguez, nacida y bautizada en Chocontá el 1º de marzo y 14 de agosto, respectivamente, de 1915, es hija natural del señor Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete, fallecido en Bogotá el 14 de agosto de 1949;

Segundo.—Que como consecuencia del estado de hija natural respecto del padre, Assef Surete, Lucila Ramos o Escobar, hoy de Rodríguez, es su heredera forzosa y legitimaria, y por ende tiene mejor derecho a la herencia, para que se le adjudique en la proporción legal, que los herede-

ros testamentarios instituidos, demandados en el juicio;

Tercero.—Que el testamento cerrado de Assef Surete, presentado en la notaría cuarta de Bogotá, según escritura número 4656, de 10 de septiembre de 1946, abierto después de la muerte del testador, según diligencias protocolizadas en la misma notaría por escritura número 4636 de 19 de septiembre de 1949, carece de valor y efecto legal y no puede tener aplicación alguna en relación con los herederos allí instituidos "por cuanto que desde su presentación, hasta el momento de morir, y antes y después, el señor Assef Surete tenía heredero forzoso y legitimario, no pudiendo, por tanto, instituir a personas distintas";

Cuarto.—"Subsidiariamente a la petición inmediatamente anterior, se decrete la reforma del testamento de Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete por cuanto por medio de él dispuso el testador de todos sus bienes herenciales desconociendo los derechos de su heredero forzoso y legitimario, mi representada Lucila Rodríguez y que en cambio se le reconozcan tales derechos a la herencia de su padre natural señor Assef Surete";

Quinto.—Que como consecuencia de lo anterior se ordene incluir los derechos preferenciales de la demandante a la herencia del causante Assef Surete, a fin de que en la partición se le adjudiquen los bienes correspondientes, junto con los aumentos que tenga la herencia como con los frutos naturales o civiles, desde la muerte del causante hasta el día de la entrega o restitución a Lucila de Rodríguez;

Sexto.—Que si se hubiere verificado la partición y adjudicación de los bienes herenciales, sin la inclusión de los derechos de Lucila de Rodríguez, o se gravaren en cualquier forma, se declare sin valor o efecto alguno los actos que los contengan, ya que tal partición debe quedar en suspenso y los bienes fuera del comercio hasta tanto se decida la causa que motiva esta demanda;

Séptimo.—Que si a la época del fallo, los asignatarios según el testamento de Assef Surete hubieren recibido todo o parte de los bienes de la herencia, están en la obligación legal de devolverlos a Lucila de Rodríguez, conforme a su derecho;

Octavo.—Que se condene a los demandados en las costas del juicio si hicieren oposición a la demanda.

Quince hechos relaciona la demanda, encaminados a demostrar que Lucila Ramos o Escobar, hoy de Rodríguez, es hija natural de Assef Surete, y fundamenta en derecho sus peticiones, principalmente, en las disposiciones de la ley 45 de 1936. Estima la cuantía de la acción en más de diez mil pesos.

No todos los demandados contestaron la demanda, pero quienes lo hicieron se oponen a las declaraciones pedidas y niegan los hechos básicos alegados por la demandante.

El juez séptimo del circuito en lo civil de Bogotá, con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, puso fin a la primera instancia, por sentencia que dice, en su parte resolutiva:

"...El Juzgado Séptimo Civil del Circuito, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO HACE las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, y en consecuencia, absuelve a los demandados de todos los cargos formulados contra ellos".

La parte actora llevó el negocio, en apelación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se cumplieron los trámites propios de la segunda instancia, la que finalizó con la sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, y que en la parte resolutiva está concebida así:

"Revócase en todas sus partes la sentencia apelada, y en su lugar se dispone:

"1º—Declárase que la señora Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez es hija natural del señor Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete, y que en consecuencia goza de todos los derechos otorgados por la ley para tal caso.

"2º—Refórmase el testamento otorgado por el señor Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete y de que dá cuenta la escritura de protocolización número 4636 de 19 de septiembre de 1949 de la notaría cuarta de Bogotá, en el sentido de que los bienes del causante relacionados en dicho instrumento, deben distribuírse así: las tres cuartas partes de dichos bienes para los legitimarios y en la proporción a que alude el art. 20 de la ley 45 de 1936; y la cuarta parte restante, que constituye la de libre disposición, debe distribuírse entre los legatarios enumerados en el testamento y en la proporción allí establecida.

"3º—Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia.

"4º—Sin costas en el recurso".

El apoderado de Emperatriz Neira v. de Surete y del Hospital de San Martín de Porres de Chocontá, así como el apoderado de Elías Nassif Houmi y Wadi Thoumi y Lazeta Dimit Devis, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal y como está cumplida la etapa propia del recurso, procede resolverlo por la Corte, lo que se hace, previas las consideraciones siguientes:

La demanda de casación

En la muy extensa demanda ante la Corte, la parte recurrente ataca la sentencia con fundamento en la causal de casación señalada en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, y señala como violadas las normas contenidas en el artículo 4º de la ley 45 de 1936, por aplicación indebida y mala apreciación de las pruebas que obran en el proceso. Señala como violados los artículos 664, 666, 645, 693, 696 y 698 del Código Judicial y por indebida aplicación los artículos 1274, 1275, 1321, 1240 y 1768 del Código Civil. Pero realmente el debate en casación se ha trabado acerca del reconocimiento que el Tribunal hizo de que Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez es hija natural de Assef Jorge Brenk Surete o Assef Surete.

El Tribunal llegó a la conclusión de que la demandante es hija natural del mencionado Surete a través del estudio que hizo de varios indicios que obran, según la sentencia, en el expediente, y se expresa así:

"En presencia, pues, de los indicios graves, precisos y conexos estudiados, que en la conciencia de los suscritos Magistrados han dejado la plena sensación de la verdad, obliga a la sala a declarar demostrada satisfactoriamente la causal a que alude el numeral 3º de la ley 45 de 1936, como generadora de la filiación natural, fundamento de este juicio. Tal declaración releva al Tribunal para considerar las demás causales, relacionadas con la posesión notoria de tal estado, y las relaciones sexuales estables habidas entre el padre y la madre natural de la demandante, por innecesarias".

Por lo trascrito salta a la vista que el Tribunal fundamentó el fallo en lo que denomina indicios graves, precisos y conexos, que en la conciencia de los magistrados dejaron la plena sensación de que verdaderamente la demandante Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez es hija natural de Assef Jorge Brenk Surete, y hace consistir esos indicios en lo siguiente:

1º) La demandante presentó como prueba de que es hija natural de Assef Surete un escrito que obra al folio 26 del cuaderno principal, y que dice:

"Lucila: con el portador le mando $ 250.00 para sus gastos, ya que como me dijo, su esposo está en mala situación y si le puede insinuar un puesto en la beneficencia, yo le podría ayudar para conseguirlo como presidente de la junta de Chocontá y sin que él lo vaya a saber. Le ruego no venga al almacén por la molestia de mi esposa; más bien siga volviendo al depósito, allá en Bogotá, para que cuando yo vaya allí nos encontremos o llamando al teléfono que le dejé en la tarjeta. A la dirección de la carrera 10 le mandaré en sobres, y en todo caso no vaya a creer que le voy a desconocer mi ayuda como a mi hija, evitando en todo caso la intervención de Dioselina, que, como me dijo, no le había entregado nada de lo que le mandé con ella anteriormente. En la próxima vez espero ya estar mejor en la casa y a Bogotá iré con más frecuencia para que no tenga que volver hasta aquí. Saludos.—Assef Surete".

2º) La demandante presentó una carta que obra al folio 27 del cuaderno principal, dirigida por el Síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca a Ramón Rodríguez Segura, y en tal carta le dice al destinatario:

"Me permito llevar a su conocimiento que esta Sindicatura ha tenido a bien designarlo a usted como arquitecto de la sección de ingeniería de la Beneficencia, con un sueldo de $ 350.00. En tal virtud, ruego a usted el favor de hacerme saber si en estas condiciones estaría usted dispuesto a aceptar el cargo para efectos del nombramiento respectivo por la Junta General".

Y razona así el Tribunal: la carta a que se hace mención en el punto 1º anterior, fue tachada de falsa por la parte demandada: los expertos no estuvieron de acuerdo en cuanto a la autenticidad de ese escrito, pues dos de ellos conceptuaron que sí provenía del señor Assef Surete y el otro dijo que la firma que dice "Assef Surete" no fue puesta por el señor Surete; en estas condiciones el escrito apenas constituye un indicio grave en relación con su veracidad "pero como tal indicio por sí solo no alcanza a formar la plena certeza del hecho o confesión que tal escrito entraña, ne-

cesario es estudiar las demás pruebas que tengan íntima relación con él". Analiza, en seguida la sentencia, lo que el Tribunal denomina "las demás pruebas que tengan íntima relación con él" (el escrito a que se ha hecho referencia) y se refiere a lo siguiente: "existe el hecho demostrado de que el señor Assaf Surete era miembro destacado de la Junta de Beneficencia de la ciudad de Chocontá: así mismo consta que él era persona responsable y atendida en la Junta de Beneficencia Central. Como hecho incontrovertible del proceso, se encuentra el nombramiento que el Síndico General de la Beneficencia, señor Jaime González Ortiz, le hizo al esposo de la demandante como arquitecto de la sección de ingeniería de la Beneficencia, nombramiento que le fue comunicado por carta u oficio de fecha 2 de octubre de 1946, que obra al folio 27 del expediente, y sobre cuya autenticidad nada se ha objetado por los demandados. Ahora, en la carta tachada de ilegítima, el presunto padre de la demandante le ofrece, a causa de la mala situación de su esposo, conseguirle un puesto en la Beneficencia. Al rededor de este hecho existen en el proceso las siguientes pruebas: declara en esta segunda instancia el doctor Arturo Torres, quien ejerció el cargo de Administrador General de Hospitales, y manifiesta constarle que el doctor Ramón Rodríguez, quien es el esposo de la demandante, le solicitó que lo presentara al Síndico-General, doctor Jaime González Ortiz, ya que tenía una recomendación del señor Sureté para él y con el fin de conseguir un puesto en la Beneficencia. El dicho mencionado, afirmado por persona abonada y responsable, aparece corroborado con la declaración del señor Jesús María Laurens, quien en la época del hecho a que se refiere en su deposición, ejercía el cargo de arquitecto de la Junta General de la Beneficencia. En efecto, dicho testigo declara que a raíz de la renuncia del doctor Gabriel Sánchez Grillo, del cargo de jefe de la sección de ingeniería, supo que el señor Surete había recomendado al doctor Rodríguez Segura ante el Síndico Jaime González Ortiz para que le diera el puesto ahí en la sección. Y como se dijo anteriormente, aparece la carta del Síndico González Ortiz, en la que comunica al esposo de la demandada (sic) el otorgamiento del cargo de arquitecto de la sección de ingeniería. No existe, pues, lugar a duda a juicio de la sala, de la demostración del hecho ameritado, o sea el relacionado con la recomendación de Surete a favor del esposo de la demandante para la consecución del cargo que le fue comunicado por el propio Síndico. Luego tal acontecimiento sugerido en la carta en estudio ha resultado demostrado. Este nuevo y vehemente indicio, unido a la prueba del cotejo, que concluye afirmando la autenticidad de la firma del señor Assef Surete sobre la carta, lleva a la sala sentenciadora a aceptar como prueba plena la existencia de dicho documento como proveniente del citado señor. Y dicho documento contiene una inequívoca confesión de paternidad, pues expresa textualmente, después de la promesa de recomendación para el esposo de la demandante para un cargo en la Beneficencia: '...no vaya a creer que le voy a desconocer mi ayuda como hija, evitando en todo la intervención de Dioselina, que, como me dijo, no le había entregado nada de lo que le mandé con ella anteriormente'. En presencia, pues, de los indicios graves, precisos y conexos estudiados, que en la conciencia de los suscritos magistrados ha dejado la plena sensación de la verdad, obliga a la sala a declarar demostrada satisfactoriamente la causal a que alude el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, como generadora de la filiación natural, fundamento de este juicio. Tal declaración releva al Tribunal para considerar las demás causales, relacionadas con la posesión notoria de tal estado, y las relaciones sexuales estables habidas entre el padre y la madre natural de la demandante, por innecesarias".

Ahora bien: como la parte recurrente ataca la sentencia por considerar que el Tribunal ha incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por ello aplicó indebidamente la disposición contenida en la ley 45 de 1936, artículo 4º, numeral 3º, aparte de las demás disposiciones citadas en la demanda de casación, procede, ante todo, examinar si puede la Corte entrar en el fondo de la cuestión planteada, o sea si es viable en casación el recurso cuando se ataca la apreciación que de los indicios ha hecho el Tribunal sentenciador para fundamentar el fallo acusado.

En principio, y como regla general, la Corte ha reconocido la soberanía de los Tribunales en la apreciación de los medios probatorios que se presentan a su consideración, soberanía que cobra mayor fuerza cuando se trata de interpretar por el Tribunal la prueba de indicios y de aplicar ese medio probatorio a la convicción que se forma el sentenciador para decidir en un sentido o en otro.

Sobre esta materia se ha expresado la Corte en repetidas ocasiones, así:

"El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios; y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de los hechos constitutivos y de los indicios, es justificable la acusación del fallo (Casación, 3 de marzo de 1923. G. J. Tomo XXX, pág. 42).

"La jurisprudencia ha dicho que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de su relación entre sí, es apreciación de la inteligencia y conciencia del juez que no está sujeta a reglas determinadas, apreciación en que son soberanos los juzgadores, a menos que en ella se incida en error de hecho, como si se tomara por indicio un hecho no demostrado en autos, y que para que pueda casarse una sentencia por error de derecho por no haber apreciado ciertos hechos como indicios y no haberles dado valor de plena prueba a otros, es preciso que en tal apreciación haya error de hecho manifiesto, que sería la base del error de derecho que se alega. (Casación, julio 15 de 1927, G. J. Tomo XXXIV, pág. 245)".

"Estima la Corte que, como ya lo advirtió, el Tribunal llegó a la conclusión anotada a través de numerosos indicios, y no solamente de los dos atacados por el recurrente, indicios que, relacionados entre sí en forma que no merece censura, informaron la convicción y el fallo del Tribunal. La certeza que anima al fallador, formada o inferida mediante la ponderación y análisis de tales elementos de convicción, es respetable para la Corte, mientras los cargos en casación no vengan a demostrar errores manifiestos en la apreciación legal de ellos, sea en orden al valor probatorio de los hechos indicativos, intrínsecamente considerados (error de derecho), sea en orden a la gravedad, precisión y conexión de tales hechos, en relación con la realidad que el fallador creyó deducir (error de hecho manifiesto), de manera que la norma de derecho aplicada por el fallador no pueda subsistir por faltarle ya su apoyo en los hechos. De aquellos errores de derecho (no estar suficientemente probado cada hecho indiciario, por ejemplo), o de estos errores de hecho (error en las inferencias análogas primarias, o en las conjeturas análogas, por ejemplo) puede evidenciarse o manifestarse un error final en la inferencia síntesis o resultado que el fallador creía que le servía para declarar probado el hecho indicado. Si por tener por probado el hecho indicado resulta indebida o erróneamente aplicada la norma de derecho, se habrá justificado una causal en casación". (Casación 5 de agosto de 1936 Orozco Ochoa, pág. 162—Tomo V).

Es, pues, evidente que los Tribunales gozan de autonomía en la interpretación de la prueba indiciaria, pero para que esa autonomía exista, es elemental que los indicios en que se apoya el sentenciador cumplan con los requisitos indispensables para que los indicios produzcan certezas. Esos requisitos, según la opinión expuesta por el Dr. Antonio Rocha en su obra "De la prueba en Derecho", pág. 227, son los siguientes:

"a) Que el hecho básico o indicador esté plenamente demostrado;

"b) Que siendo varios los indicios, como deben serlo (a menos que se trata de uno necesario), no se refieran a uno solo; o, en otras palabras, que los varios argumentos no dependan de un solo argumento;

"c) Que sean graves, precisos y concordantes; y,

"d) Que el hecho o acto jurídico que se trate de demostrar indicialmente, sea susceptible de tal clase de prueba".

El mismo autor se expresa así, al estudiar la tesis de la soberanía del juez de instancia en el justiprecio o valoración de los indicios (pág. 234, obra citada:

"La tesis de la soberanía del juez para la valoración de los indicios y su apreciación conjunta es oponible o valedera ante la Corte de Casación, pero no entre falladores de instancia. El juez de segundo grado puede diferir de las conclusiones y conjeturas del juez de instancia inferior, variar la apreciación que de los indicios ha hecho éste.

"Es en casación donde la teoría opera, porque al recurso de casación no es una tercera instancia. La casación vela por el imperio del derecho, es el derecho per se, lo que le interesa, aunque al establecerlo en su verdadero sentido y alcance repara indirectamente el agravio patrimonial inferido en instancia a las partes.

"Supongamos un fallo construido sobre indicios y sujeto al recurso de casación. Para establecer sus conclusiones al juez de instancia debió observar los cuatro requisitos antes vistos: a), los hechos indicadores debieron estar plenamente demostrados: b), las deducciones y argumentos no debieron emanar de un solo indicio o de un solo argumento; c), las inferencias debieron ser graves, precisas y conexas sin lugar a duda; y d), la prueba indicial no debió estar prohibida como medio pertinente de prueba. Pues bien, si el sen-

tenciador incurrió en errores de hecho que aparecen manifiestos en los autos, o en errores de derecho en el manejo de los indicios, tales errores son corregibles mediante la técnica **sui generis** del recurso de casación, siempre que los errores incidan en los requisitos a), b) o d), pero no cuando afectan el requisito c), donde se hallaba precisamente el fuero del juez, su proceso mental intocable en casación, que, como dijimos, no es tercera instancia, ni oportunidad para una tercera aplicación del criterio humano sobre las probabilidades".

Todo lo anterior quiere decir que debe respetarse la soberanía de los Tribunales, cuando fallan manejando la prueba de indicios, pero únicamente cuando los Tribunales califican las inferencias como graves, precisas y conexas, porque este campo de la actividad mental del juzgador no puede ser invadido por la Corte.

Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador o básico, no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretende demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base falsa, no puede llevarlo racionalmente a concluir que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

En el caso del presente recurso, el Tribunal llega a la conclusión que Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez, es hija natural de Assef Surete, porque encuentra demostrados varios hechos de que le permiten deducir la realidad de la paternidad natural de Surete respecto a la Ramos o Escobar de Rodríguez. Si tales hechos indicadores estuvieran debidamente probados no sería posible desconocer la conclusión a que llegó el Tribunal, pues su soberanía sobre el particular debe ser respetada.

Pero acontece que el Tribunal sentenciador dice que está probado el hecho de que Assef Surete es el padre natural de Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez, porque existen los siguientes indicios, que considera graves, precisos y conexos, y que estima como prueba suficiente de aquel hecho:

Primero—El escrito que obra al folio 26 del expediente, que lleva firma que dice "Assef Surete" y en que puede leerse: "Lucila... su esposo está en mala situación y si le puede insinuar un puesto en la Beneficencia, yo le podría ayudar para conseguirlo, como Presidente de la Junta en Choconta y sin que él lo vaya a saber... y en todo caso, no vaya a creer que le voy a desconocer mi ayuda como a mi hija...".

Segundo.—La carta que obra al folio 27 del expediente, en la que el Síndico-Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca le dice a Ramón Rodríguez Segura que lo ha designado como arquitecto de la sección de ingeniería de la Beneficencia con un sueldo mensual de $ 350.00, y le pide le haga saber si en esas condiciones estaría usted dispuesto a aceptar el cargo para efectos del nombramiento respectivo por la Junta General".

Tercero.—Las declaraciones de Arturo Torres y de Jesús María Laurens, de los cuales el primero declara: "...Al punto tercero expuso: en relación con este punto puedo manifestar que los miembros de las juntas municipales de beneficencia tenían, como creo tengan ahora, algunos ascendentes (sic) dentro de la Junta Departamental, merced a las funciones que aquellas ejercían y que no eran otras que representar a la Junta General de la Beneficencia en el lugar. Al punto d) expuso: en relación con este punto, puedo informar que recuerdo que el doctor Ramón Rodríguez me solicitó le presentara al señor Síndico General de la Beneficencia, doctor Jaime González Ortiz, ya que tenía una recomendación del señor Surete para que ocupara al doctor Rodríguez en algún cargo dentro de la entidad. Posteriormente supe que el doctor Rodríguez había sido nombrado dentro de las dependencias de la Beneficencia, pero creo que él no ejerció ningún cargo, ya que durante mi permanencia al frente de la dirección de Hospitales no lo vi actuar. Esto es cuanto me consta".

El otro declarante, o sea Laurens, se expresa así: "...a raíz de que el doctor Gabriel Sánchez Grillo era jefe de la sección de ingeniería y renunció, quedó vacante el puesto y yo supe posteriormente que el señor Surete había recomendado al doctor Rodríguez Segura al síndico doctor Jaime González Ortiz para que le diera el puesto ahí en la sección".

Y razona así el Tribunal:

La carta que presentó la demandante (y en la que Surete le dice a la persona que figura como destinataria y que lleva el nombre de Lucila sin mencionar apellidos) fue tachada como falsa por la parte demandada y luego de un debate sobre

el particular, dos grafólogos expertos dictaminaron que la firma que aparece en tal escrito fue puesta por Assef Surete; esta circunstancia lleva a la sala a afirmar "que en realidad existe un indicio grave en relación con la veracidad del escrito en referencia. Pero como tal indicio por sí sólo no alcanza a formar la plena certeza del hecho o confesión que tal escrito entraña, necesario es estudiar las demás pruebas que tengan íntima relación con él".

En la carta, que es apenas un indicio, dice Surete que él podía ayudar al esposo de Lucila (no menciona el nombre de esposo) a conseguir un puesto en la Beneficencia, pues tiene facilidad de hacerlo como Presidente de la Junta en Chocontá. Aparece la carta que el síndico gerente escribe a Ramón Rodríguez Segura, anunciándole que lo ha designado como arquitecto de la sección de ingeniería de la Beneficencia, y dice el Tribunal:

"No existe pues lugar a duda a juicio de la sala, de la demostración del hecho ameritado, o sea el relacionado con la recomendación de Surete a favor del esposo de la demandante, para la consecución del cargo que le fue comunicado por el propio Síndico. Luego tan acontecimiento sugerido en la carta en estudio ha resultado demostrado. Este nuevo y vehemente indicio, unido a la prueba del cotejo que concluye afirmando la autenticidad de la firma del señor Assef Surete sobre la carta, lleva a la sala sentenciadora a aceptar como prueba plena la existencia de dicho documento como proveniente del citado señor. Y dicho documento contiene una inequívoca confesión de paternidad... En presencia, pues, de los indicios graves, precisos y conexos estudiados, que en la conciencia de los suscritos magistrados han dejado la plena sensación de la verdad, obliga a la sala a declarar demostrada satisfactoriamente la causal a que alude el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, como generadora de la filiación natural, fundamento de este juicio".

El razonamiento del Tribunal sería inatacable en casación si estuvieran demostrados, sin lugar a duda, los hechos indicadores, o sea: que Ramón Rodríguez Segura es el marido de Lucila Ramos o Escobar; que el señor Surete interpuso sus influencias para que Rodríguez consiguiera trabajo en la Beneficencia, y de estos hechos demostrados concluir que estaba cumplida la oferta que contiene el escrito que se atribuye a Surete. Pero resulta que esos hechos indicadores, y de los cuales se vale el Tribunal para tenerlos como indicios graves y conexos con el indicio de la carta tantas veces mencionada, no están demostrados en ninguna forma. En efecto: lo primero que se observa es que falta la prueba de que Ramón Rodríguez Segura, el destinatario de la carta del Síndico de la Beneficencia, hubiera contraído matrimonio con Lucila Ramos o Escobar, y por lo tanto no está probado que Rodríguez sea el marido de la Ramos o Escobar.

Tampoco está probado que Surete hubiera recomendado ante el Síndico de la Beneficencia al citado Rodríguez Segura, pues las declaraciones de Torres y de Laurens son absolutamente imprecisas sobre este particular. Es más natural suponer que la recomendación de que hablan los declarantes Torres y Laurens no hubiera existido, pues en la carta a Lucila dice Surete: "...y si le puede insinuar un puesto en la Beneficencia, yo le podría ayudar para conseguirlo como Presidente de la Junta de Chocontá y sin que él lo vaya a saber..." Si no quería Surete que Rodríguez supiera que podía ayudarle a conseguir trabajo en la Beneficencia, cómo se explica que le hubiera dado una recomendación para el síndico? Ahora, cuál es la razón para afirmar que el Síndico de la Beneficencia le ofreciera un puesto a Rodríguez por insinuación de Surete, si en ninguna parte aparece esa pretendida insinuación o recomendación? Y obsérvese que el Síndico de la Beneficencia no le dió a Rodríguez ningún nombramiento, pues según la carta de 2 de octubre de 1946, le pide que le haga saber si en las condiciones allí estipuladas estaría dispuesto a aceptar el cargo para efectos del nombramiento respectivo por la Junta General. Es decir, el nombramiento debía ser hecho por la Junta General y no por el Síndico, quien sólo podía proponer el nombre del candidato a la consideración de la Junta General.

Entonces, los hechos indicadores: influencia de Surete ante el Síndico, nombramiento de Rodríguez y ser Rodríguez Segura esposo de Lucila Ramos o Escobar, de donde deduce el Tribunal que la carta de Surete para Lucila es auténtica, no están demostrados y por lo tanto no pueden tenerse en cuenta como indicio, para deducir una consecuencia tan grave como es la autenticidad de la declaración escrita de Surete, respecto a que Lucila Ramos o Escobar es su hija.

Cuando el Tribunal dá por plenamente probado el hecho de que Ramón Rodríguez Segura es esposo de Lucila Ramos o Escobar y que el mencionado Rodríguez obtuvo un empleo en la Beneficencia de Cundinamarca por las gestiones realizadas por Assef Surete ante el Síndico-Gerente

de esa entidad, comete evidente error de hecho, porque dá por acreditados tales hechos, no existiendo la prueba de ellos: y por haber incurrido el sentenciador en ese error de hecho violó indirectamente la ley, por indebida aplicación al caso del litigio, y por tal razón debe declararse que prospera el cargo formulado por el recurrente, y la sentencia, en consecuencia, debe casarse, declaración que será hecha en la parte resolutiva de este fallo.

Antes de continuar en la labor de examinar la sentencia, es pertinente trascribir la siguiente doctrina de la Corte, que puede leerse en la sentencia de fecha 11 de junio de 1954, G. J. — Tomo LXXVII— pág. 620, dictada después de la sentencia del Tribunal que es materia del presente recurso, así:

"Para la reclamación judicial de paternidad natural, la ley 45 de 1936 ha consagrado en su artículo 4º cinco casos de los cuales el juez puede deducir el hecho de la filiación paterna. No son verdaderas presunciones legales porque el juez conserva libertad para rechazar la demanda si en el proceso existen elementos que debiliten su convicción, pero sí son a manera de presunciones con las cuales puede el juzgador declarar la paternidad natural. De tal manera que en el estado actual de nuestra legislación, la comprobación de la paternidad natural está limitada a los casos mencionados en el citado artículo 4º de la ley 45 de 1936. No es admisible la prueba indiciaria por sí sola para acreditar la filiación natural, así sean de numerosos, graves, precisos y concordantes los indicios que se hayan producido dentro del juicio. Las presunciones judiciales podrán utilizarse con naturales limitaciones, según fuere el caso, para comprobar circunstancias relacionadas con los extremos señalados en las causales del artículo 4º Pero la prueba de indicios, por sí sola, es ineficaz para la comprobación de la paternidad natural en situaciones que no encajan extrictamente dentro de algunos de los casos en el artículo 4º de la citada ley".

Sentencia de instancia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 539 del Código Judicial, cuando la Corte encuentra justificada alguna de las tres primeras causales del artículo 520 del mismo Código, debe decidir sobre lo principal del pleito, o sea que asume, para tal efecto, el carácter de Tribunal de instancia, y por consiguiente debe estudiar los hechos en que el demandante funda sus pretensiones para saber si el fallo debe ser favorable o nó a las súplicas del libelo, por estar demostrados o no tales hechos.

En el caso sub judice la demandante alega que es hija natural de Assef Jorge Brenk Surete y de Dioselina Ramos, porque nació en Chocontá el primero de marzo de mil novecientos quince, "de las relaciones carnales sostenidas desde el principio y a mediados del años anterior" entre las personas citadas; porque durante diez años, desde la época de su nacimiento, Lucila Ramos o Escobar vivió con su madre en Chocontá "bajo los cuidados de su padre Assef Surete, quien le prodigó lo necesario para su subsistencia, y tratándola como su hija natural, hecho que fue de absoluta notoriedad pública para el vecindario de la población en donde siempre se la tuvo como hija del citado Assef Surete sin que éste manifestara o actuara en forma distinta a la de padre natural de la referida Lucila"; porque Assef Surete le proporcionaba a Lucila Ramos o Escobar, diversas sumas de dinero para sus necesidades. Es decir, que la demandante alega en su favor además de la causal que establece el numeral 3º del artículo 4º de al ley 45 de 1936, a que se hizo mérito en la sentencia de casación, las causales de los numerales 4º y 5º del mismo artículo 4º de la citada ley 45, causales que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, por considerarlo innecesario, pero que sí deben ser estudiadas por la Corte, para fallar el fondo del pleito.

Se considera:

La ley 45 de 1936 vino a reparar una injusticia, en el sentido de que permite al presunto hijo natural el que se declare que tiene este carácter, confiriéndole las acciones legales para que sea declarada judicialmente la paternidad natural. La jurisprudencia, entre nosotros, ha sido muy amplia y permite que el presunto hijo natural obtenga esa declaración iniciando la correspondiente acción sobre filiación natural, aún después de muerto el presunto padre natural. En este estado de cosas se comprende que la ley y la doctrina deben ser muy extrictas en cuanto a las pruebas que se presenten para demostrar que una persona tiene el carácter de hijo natural de quien afirma fue su padre. Como es obvio, la ley restringió la prueba, en esta materia de suyo tan delicada, porque un criterio irrestricto podría producir fu-

nestas consecuencias de orden social, y por eso exige que las pruebas aducidas sean de tal naturaleza que no dejen ninguna duda acerca de la pretendida paternidad natural.

Como pueden alegarse como causales para obtener la declaratoria judicial de paternidad natural, entre otras, que son las más frecuentemente alegadas por los interesados, las relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre, y la posesión notoria del estado de hijo, es indispensable que las primeras queden plenamente establecidas, no sólo por el dicho de dos testigos, sino por un conjunto de testimonios que realmente acrediten que esas relaciones sexuales existieron entre el presunto padre y la madre en forma pública y notoria, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

Y si se alega el estado notorio de hijo respecto del presunto padre natural, es preciso que ese estado notorio se demuestre en forma irrefragable, mediante un conjunto de testimonios fidedignos, y se acredite que ha durado diez años continuos por lo menos, durante los cuales el presunto padre ha tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que los deudos y amigos del presunto padre, y el vecindario en general, hayan reputado al hijo como del presunto padre, por virtud de aquel tratamiento.

No basta, pues, que se aleguen como pruebas los dichos de personas que apenas declaran que conocieron la existencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, si no afirman hechos concretos, de los que se deduzca de modo evidente la existencia la continuidad y la notoriedad de tales relaciones. Ni es suficiente que los testigos digan que les consta que el presunto padre dió dinero en algunas ocasiones a quien se pretende ser su hijo, sino que es menester que exista un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten que durante diez años continuos, por lo menos, el presunto padre trató y presentó como a hijo suyo al interesado en la declaración de hijo natural, y que proveyó a su subsistencia, establecimiento y educación; y tales testimonios deben recaer sobre hechos concretos y determinados conocidos objetivamente por los testigos.

En el caso de autos se adujeron los testimonios de Angel María Granados y Apolinar Rojas, para demostrar las relaciones sexuales estables entre Assef Surete y Dioselina Ramos en el lapso comprendido entre los primeros días del año de mil novecientos catorce y el mes de marzo de mil novecientos quince, que se señala como el del nacimiento de Lucila Ramos o Escobar. Fuera de los dos testigos dichos, ninguna otra prueba se presentó para el efecto, y las declaraciones de Rojas y de Granados no señalan ningún hecho concreto del que pueda deducirse la existencia de tales relaciones. Los dos testigos afirman que en Chocontá fueron muy conocidas las relaciones amorosas entre Surete y la Ramos, pues se les veía frecuentemente juntos y se visitaban con regularidad, pero no afirman en dónde tenían lugar las visitas ni detallan esas frecuentes entrevistas. Los dos testigos deponen sobre el hecho de que en el mes de marzo de mil novecientos quince nació en Chocontá una niña hija de Dioselina Ramos y afirma Granados "se decía que el padre era el señor Assef Surete, dadas las relaciones amorosas e íntimas que eran conocidas de todos los habitantes de Chocontá". El testigo Rojas afirma lo mismo en cuanto al nacimiento de la niña y manifiesta que la paternidad de esa niña se atribuyó al señor Assef Surete, dadas las relaciones amorosas e íntimas que eran muy notorias para todos los vecinos de Chocontá.

Pero el dicho de los testigos es bien insuficiente para llegar a la convicción de la real existencia de las relaciones sexuales estables de manera notoria, como lo pide el artículo 4º de la ley 45 de 1936 en el numeral 4º

Por la parte demandada se presentaron las declaraciones de Santiago Gómez, Ismael Forero, Roberto Obando, Constancio Garnica, Jesús Niño y Luis Asencio. Estos testigos afirman que no les consta nada en cuanto al hecho de que el señor Surete fuera tenido como padre de Lucila Ramos, no obstante haber vivido los declarantes, durante casi toda su vida en la población de Chocontá. Estos testimonios hacen aún más débil el valor probatorio que pudieran tener los dichos de los dos únicos testigos que fueron presentados por la parte actora.

En cuanto a la posesión notoria del estado de hija natural de Lucila Ramos respecto al presunto padre Assef Surete, no se encuentra en el expediente ninguna prueba que demuestre que durante diez años continuos, por lo menos, el pretendido padre natural hubiera atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de la de-

mandante, pues si bien los testigos Granados y Rojas y la testigo Carmen Acuña de Neira, dicen que el señor Surete le daba a veces dinero a Lucila Ramos, ninguno precisa hechos concretos, ni de tales declaraciones puede establecerse que Surete atendiera a la subsistencia, educación y establecimiento de la demandante durante el lapso que la ley exige.

Lo dicho es suficiente para concluir que la actora no demostró los hechos fundamentales de su demanda y que por lo tanto la acción incoada no puede prosperar.

En mérito de todo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), dictada en el juicio ordinario de Lucila Ramos Escobar de Rodríguez, contra la sucesión de Assef Jorge Breña Surete; y, como Tribunal de instancia, confirma la sentencia proferida por el juez séptimo civil del circuito de Bogotá, con fecha cuatro (4) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, (1952) dictada en el mismo juicio, se absuelve a los demandados de todos los cargos formulados contra ellos.

Sin costas en las dos instancias ni en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al tribunal de origen.

José Hernández-Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro L., Secretario.

PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO INDICIOS GRAVES QUE DEMUESTRAN QUE UN CONTRATO ES SIMULADO LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL APAREZCA CELEBRADO ENTRE PARIENTES PROXIMOS O ENTRE AMIGOS INTIMOS, LA INHABILIDAD ECONOMICA DEL COMPRADOR, LA ENAJENACION TOTAL DEL PATRIMONIO POR PARTE DEL VENDEDOR, EL PRECIO IRRISORIO DE LA VENTA EN RELACION CON EL JUSTO VALOR DE LA COSA Y, POR ULTIMO, LAS CONDICIONES PERSONALES DEL APARENTE ENAJENANTE

1.—Como lo ha aceptado la Corte, es preciso entender las demandas de nulidad en el sentido de que son acciones de simulación, cuando del libelo aparece claramente que es ésta y no aquélla la acción incoada.

2. — La doctrina ha aceptado como indicio de simulación la circunstancia de que el contrato fingido aparezca celebrado entre parientes próximos o amigos íntimos, pues en esta forma se quiere evitar que el testaferro abuse de su condición aparente y traicione la confianza depositada por quien se desprende ficticiamente de sus bienes. Este indicio cobra mayor fuerza cuando se demuestra la habitación en común de los contratantes, a la época en que se hizo el pacto simulado.

Igualmente ha admitido como indicio grave de simulación la inhabilidad económica del supuesto adquirente, cuando éste, por su extrema pobreza o sus haberes reducidos, carece de medios pecuniarios o crediticios para desembolsar la suma de dinero que aparece entregada en el contrato fingido. Como también se puede inferir falta de seriedad en el contrato y presumirse la simulación, cuando el precio que figura en la escritura de venta, no guarde relación con el justo valor de los bienes enajenados, porque en las ventas simuladas suélese señalar un bajo precio, para hacer verosímil el desembolso del dinero en el adquirente que carece de posibilidades económicas.

Por último, las condiciones personales del aparente enajenante a la fecha del contrato acusado de simulación, tales como la senectud y enfermedad, pueden constituir indicio de la CAUSA SIMULANDI que explique el móvil de la llamada "escritura de confianza", por medio de la cual se designa un testaferro para ejecutar especiales instrucciones relacionadas con la administración y disposición de los bienes ante el riesgo de la muerte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, once (11) de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Por sentencia de esta Sala, proferida el 5 de octubre de 1954, se casó el fallo que había pronunciado el Tribunal Superior de San Gil el 9 de febrero de 1953 en el juicio ordinario de Isaías León Archila contra Pedro Abel Rincón N. sobre simulación de un contrato de compraventa.

La Sala antes de dictar la correspondiente sentencia de instancia en auto para mejor proveer dispuso allegar a los autos copia de las sentencias de segundo grado y de casación pronunciadas en la causa penal seguida a Pedro Abel Rincón N. por homicidio en Teresa Alvarez Gómez ante el Juzgado Primero Superior de San Gil.

Habiéndose cumplido aquel proveído, procede la Corte a resolver sobre lo principal de la litis, mediante decisión que reemplaza el fallo infirmado. (C. J., artículo 539).

I. — La demanda

El 29 de abril de 1951 Isaías León Archila, mayor de edad y vecino del municipio de Capitanejo, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado Civil del Circuito de San Gil, a Pedro Abel Rincón N., mayor y vecino de este último municipio, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que adolece de simulación absoluta y es, por lo mismo, nulo y sin valor alguno por falta de causa y de consentimiento, el supuesto contrato de compraventa consignado en la escritura pú-

blica número 94, de fecha 1º de marzo de 1943, pasada en la Notaría Primera Principal del Circuito de Málaga y registrada allí mismo el 6 de marzo de 1943 en el Libro Primero Principal, Tomo Tercero, Partida 64, folio 38, y en el Libro Segundo Principal, Tomo Primero, Partida 91, folio 41 doble, escritura en la cual se dice que María Teresa Alvarez v. de Rojas vende a Pedro A. Rincón N. todos los derechos y acciones que tiene y que le corresponden o pudieran corresponderle en los bienes de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez, derechos y acciones que le corresponden en su carácter de hija legítima;

"b) Que es nulo, por haber sido hecho en forma contraria a la ley, el registro de la escritura número 94, de fecha primero de marzo de 1943, de la Notaría Primera Principal del Circuito de Málaga, escritura a que se aludió en la declaración anterior, en el Libro Primero Principal de la Registratura del Circuito de Málaga;

"c) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene la cancelación de los Registros de la escritura número 94 de fecha 1º de marzo de 1943, de la Notaría Primera Principal del Circuito de Málaga, registros llevados a cabo el 6 de marzo de 1943 en la Registratura del Circuito de Málaga en el Libro Primero Principal, Tomo Tercero, Partida número 64, folio 38 y en el Libro Segundo Principal, Tomo Primero, Partida número 91, folio 41 doble;

"d) Que como consecuencia de las declaraciones y condenaciones anteriores se ordene a Pedro Abel Rincón N., dentro del término de seis días contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia que dicte ese Despacho, entregar al señor Isaías León Archila los siguientes bienes inmuebles:

I. — Una casa construida de tapias, madera y teja, y el sitio o suelo donde se halla edificada, con una cabida de 374 metros cuadrados, situada dentro del área de la población de Capitanejo, en la calle real lindando con casa y solar de Timoleón Mogollón; por el oriente, con la casa cural, paredes en medio; por el Norte, paredes en medio, con solar y casa que fue de Edelmira Castañeda antes, hoy de Agustín Torres; y por el Occidente, calle real en medio, con propiedades de Miguel Cordero M., Isaías Tolosa y Agustín Cely.

II.—Un derecho equivalente a la tercera parte del potrero común denominado "El Jaboncillo" o "El Jaboncillal", situado en la vereda o fracción de El Datal, Municipio de Capitanejo, demarcado en general así: por el pie, u occidente, deslinda con el antiguo camino que del Municipio de Capitanejo conduce a Boavita, hoy carretera seccional de este Municipio, linda con los herederos de Zárate Quiroz; por el Norte, partiendo de dicho camino o carretera de para arriba por el zanjón hondo hasta dar al frente de un árbol de carate: de éste en línea recta a dar al punto donde se encuentra una cerca o vestigio de monte, linda con de los mismos herederos de Zárate Quiroz; por cabecera y oriente, dicho vestigio o cerca al medio, hasta dar a la "Loma de los Guaras", linda con predios de Dionisio Blanco, Dionisio Barragán y Miguel Cordero, y por el sur, de dicho cerca en semicírculo bajando por una cuchilla hasta encontrar el camino que sale de Capitanejo a Macaravita, de aquí al zanjón de "Los Antolines", éste bajando hasta el ramal de la carretera mencionada linda en todo este costado con predios de Miguel Cordero, Flora Manrique Zárate, Indalecio y Miguel Reyes Vargas y con otro predio de Isaías León Archila, con de Miguel Cordero, Manuel Camacho y el doctor Efraín Ramírez. Dentro de este alinderamiento se encuentran otros dos zanjones, "Las Minas" y "Mojones", y unas vertientes de agua llamadas "San Juan" y "Salado" y unos ranchos pajizos. Este derecho tiene una cabida aproximada de cuarenta y cinco fanegadas sin agua de regadío y es tierra de tercera clase.

III.—Una cuota parte de valor de tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos con veinticinco centavos ($ 3.364.25) en relación a un avalúo de tres mil setecientos pesos ($ 3.700.00) dado a todo el inmueble, en el terreno denominado "Portachuelo", en la fracción de El Datal, Municipio de Capitanejo y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el pie u occidente, desde un árbol de Tibigaro que está a la orilla de la toma de regadío o pie de falda, se sigue de para arriba de dicha toma hasta donde termina ésta frente a un árbol de moral, se sigue en la misma dirección de línea recta a dar a una piedra rucia que se encuentra al pie de un barranco, de ésta, siguiendo por otra toma de regadío que va por el pie del barranco hasta dar al punto de un vestigio de cimiento o cepa, linda en este trayecto con predios de Evelio Monsalve, con de los herederos de Donato Garza, Elías Monsalve y Efraín Ramírez; por el sur desde el vestigio y cepa de cimiento de para arriba en línea recta a encontrar una cerca de alambre y una hilera de árboles de gallinero, castañeto y paloblanco, hasta dar a la callejuela

que baja a la carretera que conduce a El Cocuy, luégo tuerce hacia la derecha por dicha callejuela hasta encontrar un cimiento, atraviesa éste y sigue en la misma dirección hasta dar a un pedregal ciego, deslindando con predios de Pantaleón Duarte y Patrocinio García, de aquí sigue de para arriba por el mismo costado sur, por un mojón de piedras y cimiento hasta el camino que de Capitanejo conduce a Macaravita, linda en esta última parte, con predios de Miguel Reyes V.; por cabecera u oriente un cimiento, una hilera de datos al medio deslindado con predios de Miguel Reyes V.; por el norte, desde el extremo del cimiento, siguiendo de para abajo a dar a un árbol de moral, de éste en la misma dirección a un cimiento y surco de árboles hasta encontrar una zanja o toma de regadío, siguiendo por dicha zanja en la misma dirección hasta llegar a un moral, y de éste de medio sesgo a la izquierda, a dar al Tibigaro citado como punto de partida del primer lindero, linda con la comunidad de "El Jabonci-llo" o "El Jaboncilial" y con predios de Manuel Camacho.

Este terreno tiene aproximadamente una extensión de diez y siete fanegadas con una casa de habitación y cocina de palo y paja, una enramada de trapiche con su trapiche, fondos y adherentes para la fabricación de panela. Existen en el terreno algunas plantaciones y dicho terreno es de segunda clase y tiene para su regadío el agua de costumbre o sea cada ocho días, los martes, desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde y cada quince días seis horas de agua los miércoles en las horas de la tarde;

"e) Que se condene a Pedro Abel Rincón N. a pagar al señor Isaías León Archila todos los frutos naturales y civiles de las fincas o bienes inmuebles cuya entrega se ordena o solicita en la anterior declaración o condenación, y no sólo los frutos naturales y civiles que tales fincas hayan producido desde el primero de marzo de 1943 hasta el día en que se efectúe la entrega de tales bienes, sino los frutos naturales y civiles que tales bienes hubieran producido en dicho tiempo si hubieran sido administrados con mediana inteligencia y cuidado;

"f) Que si Pedro Abel Rincón N., no se opone a que se hagan las declaraciones y condenaciones anteriores consignadas en esta demanda, se le condene a pagar las costas del presente juicio".

Los hechos en que se apoya la demanda pueden resumirse así:

Entre los años de 1865 y 1868 en la ciudad de Capitanejo contrajeron matrimonio católico Aníbal Alvarez Rojas y Rosa Gómez Vargas. El primero falleció el 5 de noviembre de 1896, y la segunda el 15 de agosto de 1903. De tal matrimonio nacieron dos únicos hijos, a saber: María Teresa o Teresa de Jesús (5 de julio de 1889) y Segundo Aníbal (24 de septiembre de 1871). A la muerte de aquéllos quedaron varios inmuebles adquiridos durante el matrimonio y ubicados en Capitanejo. Los citados hijos se repartieron amigablemente el haber herencial. A María Teresa o Teresa de Jesús correspondieron los bienes especificados en los apartes I, II y III de la petición d) de la demanda, los cuales fueron poseídos por ella en forma pacífica, pública e ininterrumpida, ejercitando actos de explotación económica, como desde 1903 hasta 1943.

Segundo Aníbal Alvarez Gómez contrajo matrimonio católico con Segunda Rodríguez el 10 de febrero de 1907, y de tal unión nacieron Aníbal el 10 de marzo de 1909 y José Segundo el 24 de marzo de 1916. Los contrayentes legitimaron por el matrimonio a su hijo natural Ignacio Aristocles, nacido el 31 de julio de 1901. Segunda Rodríguez de Alvarez falleció el 13 de octubre de 1939; su marido Aníbal Alvarez Gómez, el 20 de diciembre de 1942.

María Teresa o Teresa de Jesús Alvarez Gómez contrajo matrimonio católico el 12 de agosto de 1905, con Martín Rojas, quien murió el 20 de julio de 1939, sin dejar descencia.

En tales circunstancias no quedaron como parientes legítimos de María Tersa Alvarez de Rojas, en el grado más próximo, sino sus sobrinos Ignacio Aristocles, Aníbal y José Segundo Alvarez Rodríguez.

El 1º de marzo de 1943 María Teresa o Teresa de Jesús Alvarez v. de Rojas otorgó la escritura número 94 de la Notaría Primera del Circuito de Málaga, relacionada en la primera de las peticiones de la demanda, por medio de la cual dijo aquélla supuestamente vender a Pedro A. Rincón N., por la suma de mil pesos, todos los derechos y acciones que la citada señora "tiene y le corresponden o pudieran corresponderle en los bienes de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez". Tal "fue una escritura simulada o de confianza, afectada de simulación absoluta, ya que tal venta no existió en ningún momento, porque no hubo de parte de la supuesta vendedora intención de vender ni de parte del supuesto comprador intención de comprar, ni hubo pago del precio ficticiamente estipulado en tal instrumento". Pedro A. Rincón N., por la época en que se otorgó la escritura, era persona entre-

madamente pobre y sin recursos suficientes para realizar una operación comercial por la suma de un mil pesos. La intención que tuvo la mentada señora, al hacerle la escritura de que se trata, fue la de que Rincón le administrara los bienes que poseía en propiedad y con el producido atendiera a la subsistencia de ella.

Suscrita la referida escritura, Rincón entró en posesión de los bienes determinados en los apartes I, II y III del punto d) de las peticiones del libelo, y llevó a la señora para el sitio de "La Palmera", veçindario de Capitanejo, donde la tuvo viviendo algún tiempo con su concubina. Por los malos tratamientos que allí recibía de Rincón y porque éste la dejó abandonada, María Teresa se volvió a vivir a la población de Capitanejo, en donde ella hizo públicas manifestaciones de que la escritura hecha a Rincón era de confianza, cuestión que por lo demás era "del dominio público en Capitanejo y también bastante sabida y comentada en la ciudad de Málaga". Y en vista de que Rincón estaba en posesión de los bienes y no le participaba nada, ella "estuvo gestionando los servicios profesionales de un distinguido abogado de Málaga para que le obtuviera la nulidad de la escritura de confianza".

Cuando Rincón tuvo conocimiento de los propósitos de María Teresa, decidió traérsela a San Gil, lo que en efecto hizo aproximadamente a fines de 1943. Y en esta ciudad, molestado Rincón por los frecuentes reclamos que ella "le hacía para que le devolviera la escritura de confianza", "decidió eliminar a la citada señora", lo que realizó en las horas de la mañana del 27 de abril de 1944, dándole muerte violenta.

En el Juzgado Primero Superior de San Gil cursaba a la sazón el correspondiente proceso penal, y en el auto de proceder, dictado por el juez de la causa y confirmado por el Tribunal Superior, se patentiza que la comentada venta "fue una escritura de confianza, afectada de simulación absoluta; y en el mismo auto de proceder se deja nitidamente establecido que el único móvil del asesinato fue el de asegurar la propiedad de lo bienes de que era dueña la señora asesinada, que el asesino Pedro A. Rincón supuso estaban en peligro de esfumarse de su patrimonio".

Los nombrados sobrinos legítimos de la interfecta, promovieron y llevaron hasta su culminación el respectivo juicio sucesorio en el Juzgado del Circuito Civil de San Gil, el cual fue protocolizado en la Notaría Primera del Circuito de Málaga por escritura número 580 del 13 de diciembre de 1947, previo el registro correspondiente de la partición tanto en San Gil como en Málaga. A los mencionados herederos se les adjudicaron los bienes determinados en los apartes I, II y III de la petición d) de la demanda.

De acuerdo con las escrituras números 21 de 13 de enero de 1948, 11 de 18 de enero de 1951 y 17 de 29 de enero de 1951, extendidas en la Notaría Primera del Circuito de Málaga, y 2.595 de 16 de octubre de 1951 pasada en la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga, todas debidamente registradas, Isaías León Archila es comprador y dueño de los bienes que se adjudicaron a Ignacio Aristoles, Aníbal y José Segundo Alvarez Rodríguez en la sucesión de María Teresa Alvarez v. de Rojas, y cesionario de las acciones correspondientes para demandar "la nulidad por simulación absoluta de la escritura número 94" a que se hace referencia en el libelo.

Pedro Abel Rincón está poseyendo por intermedio de su arrendatario Pantaleón Duarte López los bienes que fueron de propiedad de María Teresa Alvarez v. de Rojas, o sea, los inmuebles determinados en los apartes I, II y III de la petición d) de la demanda, los cuales pertenecen hoy exclusivamente al demandante Isaías León Archila.

Rincón apoya exclusivamente la posesión de tales bienes en la escritura simulada cuya nulidad se demanda, siendo por lo mismo tal posesión de mala fe, y está obligado en consecuencia a restituirles al actor con sus frutos naturales y civiles, no solamente los producidos sino los que se hubieran podido producir con una administración medianamente inteligente y cuidadosa.

Estos son, en síntesis, los hechos fundamentales expuestos en el libelo de demanda.

III. — La oposición

Al descorrer el traslado de ella, el reo Rincón se opuso a la acción instaurada y negó la mayoría de los hechos articulados. Acepta que María Teresa Alvarez ha ejercitado actos de dominio sobre los bienes de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez Rojas y Rosa Gómez Vargas. Acepta asimismo que él "entró en posesión de los bienes a que se refiere la demanda, con doble título: la escritura de compra y la prescripción que venía favoreciendo a la vendedora", y admite que "está poseyendo los bienes desde el momento de su entrega material por efectos de la escritura de compra", o sea, la escritura número 94 de 1º de marzo de 1943 de la Notaría Primera del Circuito de

Málaga, la cual contiene un contrato verdadero y no simulado.

III. — Acción incoada

En el fallo de casación pronunciado por esta Sala se relaciona la forma como el juez a quo y el tribunal ad quem negaron las súplicas de la demanda, fundados uno y otro en la carencia de prueba adecuada para acreditar el acto oculto o secreto pactado entre Rincón y la Alvarez, pues al respecto el fallador de instancia no encontró prueba documental, ni confesión, ni principio de prueba por escrito que permitiera examinar la prueba indiciaria allegada a los autos. La Sala invalidó el fallo del Tribunal porque halló en la copia de la actuación penal surtida en el Juzgado Primero Superior de San Gil, relativa al proceso por homicidio en María Teresa Alvarez, escritos procedentes del demandado Rincón que hacen verosímil la simulación impetrada.

Aun cuando en el libelo de demanda se incurre en el error de confundir la simulación absoluta con la nulidad absoluta, y así el actor pidó se declare "nulo y sin valor alguno por falta de causa y de consentimiento el supuesto contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 94", tanto el juez a quo como el tribunal ad quem interpretaron acertadamente la demanda en el sentido de entender que la acción incoada era la de simulación. El error del demandante que se funda en la doctrina de la simulación-nulidad, prohijada por la Corte antes de 1935, año en que esta corporación estableció la doctrina de la simulación-prevalencia que se mantiene actualmente. (V. Casación: 8 de junio de 1954, LXVII, 791-794), se debe a la confusión sembrada por las vacilaciones de la jurisprudencia en la etapa de 1941 a 1945 cuando pareció revivirse la doctrina desueta al equipararse nuevamente el fenómeno de la simulación absoluta con el de la nulidad absoluta. Aquella interpretación del libelo fue acertadamente hecha por los falladores de instancia, porque como la Corte lo ha aceptado para casos semejantes, es preciso entender las demandas de nulidad en el sentido de que son acciones de simulación, cuando del libelo aparece claramente que es ésta y no aquélla la acción incoada. (Casaciones: julio 27 de 1935, XLII, 337; marzo 28 de 1939, XLVII, 716; marzo 28 de 1939, XLVII, 721).

IV. — Prueba de la simulación

Principio de prueba por escrito. — En la sentencia de esta Sala que casó el fallo recurrido se dijo:

"De la copia auténtica del proceso penal aludido, la cual hace parte del acervo probatorio del juicio civil por haberse acompañado a la demanda (cuaderno número 2, fs. 1-210), aparece:

"1º) Que en la póliza reconocida por Rincón, de fecha 28 de febrero de 1943, se había proyectado hacer una compraventa de los inmuebles a que se hallaban vinculados los derechos y acciones herenciales de Teresa Alvarez v. de Rojas, por la suma de $ 3.000,00, bajo las siguientes estipulaciones: a) la vendedora se reservaba de por vida el usufructo de los inmuebles; b) Rincón debería enajenar a Adela Quijano y Ciro Antonio Cote la mitad de tales bienes; c) la vendedora declaraba recibido el precio de manos de los adquirentes 'en dinero y en prestaciones personales para su enfermedad'; d) el comprador se obligaba a pagar en favor de la vendedora los 'sufragios y gastos funerarios en la forma acostumbrada y en acuerdo con su posición y categoría', lo que se establecía como condición para que a la muerte de ella se consolidara el dominio; e) pacto de retroventa de las cosas vendidas 'en la forma prevenida por la ley civil y a voluntad de la tradente'. Esta póliza se halla agregada al proceso penal (cuaderno 2º, fs. 25 y v.), y se encuentra firmada por Rincón, según reconocimiento expreso de éste en una de sus indagatorias (cuaderno 2º, f. 33 v);

"2º Que Pedro Abel Rincón confesó tácitamente ser responsable de la muerte violenta de su tía Teresa Alvarez v. de Rojas (cuaderno 2º, f. 37);

"3º Que Pedro Abel Rincón, conforme a las decisiones de los jueces penales, se hizo homicida, para eliminar la posibilidad de que su tía Teresa Alvarez v. de Rojas promoviera demanda encaminada a destruir la eficacia de la compra-venta atacada de simulación;

"4º Que Pedro Abel Rincón fue condenado en sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Superior de San Gil el 21 de agosto de 1952, a la pena principal de quince años de presidio como autor del asesinato de su tía Teresa Alvarez v. de Rojas, y a dicha providencia pertenecen los siguientes apartes:

'Pedro Abel Rincón, joven de veinticuatro años de edad, se había ganado la confianza de su anciana tía señora María Teresa Alvarez viuda de

Rojas, quien residía en Capitanejo, lugar donde tenía sus bienes de fortuna consistentes en los derechos herenciales en la sucesión de sus padres, vinculados en una hacienda denominada Portachuelo, en una casa situada en la calle real de dicha población y en la comunidad llamada El Jabonecillo. La señora Teresa no tuvo hijos en su matrimonio; y en el deseo de pasar sus últimos días rodeada de atenciones y en la más completa tranquilidad, por escritura número catorce, pasada en la Notaría de Málaga el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, transferia a título de venta y en favor de su sobrino predilecto, el citado Pedro Abel Rincón, todos los dere- y acciones que le correspondieran en aquella doble sucesión, por la módica suma de un mil pesos, que dijo allí tener recibidos de manos del comprador a su entera satisfacción. Entonces residía la señora Teresa en el sitio llamado La Palmera, del vecindario de Capitanejo, y la acompañaba Pedro Abel, quien trabajaba como cadenero en las carreteras de la zona de Tunja.

'Posteriormente consiguió Rincón el mismo cargo en la pavimentación de la carretera que de San Gil conduce al Socorro, y debido a tal circunstancia trasladó su residencia a esta ciudad, a donde trajo a su tía por insinuación de ella. En los primeros días habitaron en Casablanca, de la señora Sofía Bolívar, pero luégo se trasladaron a una casa situada en la esquina de la calle trece con carrera segunda, en la cual habitaban también Juan Evangelista Sabogal y la querida de éste María de la Cruz Arévalo, Juan Francisco Rubiano, Oliverio Alarcón y otras personas, inclusive la sirvienta de la señora Teresa, de nombre María Luisa Flórez, y Blanca Elvira Borda, la amante de Pedro Abel Rincón, quien estuvo en la misma casa durante una temporada corta. En la casa referida disputaban con frecuencia la señora Teresa y Pedro Abel su sobrino, en algunas ocasiones porque éste no procuraba legitimar su unión con Blanca Elvira, y en otras, porque la señora señora Teresa le manifestaba a Rincón su deseo de que le 'devolviera la escritura de sus bienes' para trasladarse a Bucaramanga al lado de otros familiares de apellido Alvarez. El deseo exteriorizado por la anciana de recuperar los bienes, siquiera en parte, llevó el desasosiego al ánimo de Rincón, y desde entonces comenzó a planear la forma de terminar con la vida de su tía, a quien estaba sosteniendo y atendiendo con mala voluntad últimamente, no obstante su avanzada edad y la enfermedad que la aquejaba desde hacía bastante tiempo: la parálisis de sus miembros inferiores. Los planes maduraron en la mente de Rincón y habiendo fracasado el golpe en la noche del veintiseis de abril último, en la mañana del día siguiente, y utilizando un garrote que había arreglado de antemano, penetró en la pieza en que habitaba la señora Teresa y la golpeó implacablemente con aquel instrumento, hasta que acabó con la existencia de la desprevenida, ingenua e infortunada octogenaria"

"5º Que dicho fallo no fue apelado por el reo Rincón ni por su defensor, hallándose en consulta ante el Tribunal Superior de San Gil (cuaderno de pruebas del demandante en segunda instancia, fs. 2 v. y 10 v.).

"Resulta de lo anterior que en la actuación del proceso penal allegado a los autos, hay principio de prueba por escrito emanado del reo Pedro Abel Rincón que hace verosímil el hecho de la simulación de la escritura número 94 de 1º de marzo de 1943 de la Notaría Primera de Málaga. La existencia de la póliza aludida con fecha 28 de febrero de 1943 (la víspera de la venta de los derechos herenciales sobre los mismos bienes), en donde aparecen cláusulas singulares que hacen pensar en el **animus simulandi**, y la participación de Rincón en el crimen, aceptada por el homicida, teniendo en cuenta las circunstancias deducidas por la justicia penal, hacen verosímil el acto oculto o secreto. Para apreciar el nexo de causalidad entre los hechos aceptados por Rincón en su indagatoria y la simulación de la compraventa, no pueden desatenderse las conclusiones de los jueces que han conocido del crimen. Y si la simple inferencia resultante de aquellos actos escritos (póliza o indagatoria) no es por sí sola plena prueba, sino sólo un principio de prueba por escrito, el sentenciador ha debido examinar las demás probanzas para ver si hallaba suficientemente acreditado el acto oculto o secreto entre las partes".

Las conclusiones de la Sala en aquella oportunidad subsisten hoy y se vigorizan aún más, si cabe, ya que la condenación de Pedro Abel Rincón N. como autor del asesinato de María Teresa Alvarez aparece confirmada por el Tribunal Superior de San Gil en sentencia del 2 de marzo de 1953, no infirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte, según fallo del 27 de julio de 1953. (Cuaderno de la Corte, fs. 47-53).

Prueba indiciaria.—El principio de prueba por escrito, que se deja examinado, está complementado con los siguientes indicios sobre la simulación demandada:

1º **Parentesco o vínculo de afecto entre los contratantes.** — En la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil que puso fin al proceso penal seguido contra Pedro Abel Rincón N. por el asesinato de Teresa Alvarez Gómez se deduce como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del reo el vínculo de parentesco entre los dos. Dice así el Tribunal en el mentado fallo:

"Si bien es cierto que no existe la plena prueba o completa del vínculo de consanguinidad entre el sentenciado y su víctima, que consistiría en los documentos del estado civil, no es menos cierto que ese vínculo está probado en el proceso por numerosas pruebas, varias de ellas emanadas del mismo sindicado; baste citar al acaso el telegrama que inmediatamente después del crimen puso a Pantaleón Duarte a Capitanejo: en la indagatoria al ser preguntado por las personas que vivían en su compañía, citó entre otras, a su tía Teresa Alvarez; las personas que habitaban con Rincón en aquella casa, reconocen sin ambajes de ninguna naturaleza ese vínculo consanguíneo".

En las posiciones absueltas por el demandado Rincón este declara (cuaderno número 3, fs. 60, 62 y 63):

"Con la señora María Teresa o Teresa de Jesús Alvarez tuve relaciones de amistad por ser mi tía según me decía mi padre; esas relaciones las tuve con ella desde que era niño pero no puedo precisar la fecha en que terminaron esas relaciones". (Respuesta a la tercera pregunta).

"Antes y después de la escritura vivíamos la señora María Teresa o Teresa de Jesús Alvarez y yo en una casa en arrendamiento en el sitio de La Palmera, vecindario de Capitanejo, pero no es cierto que yo la hubiera abandonado allí". (Respuesta a la décima pregunta).

"En el Socorro vivíamos hasta fines del año de mil novecientos cuarenta y tres y luégo, a principios del año de mil novecientos cuarenta y cuatro me trasladaron a San Gil y allá se vino conmigo. Ella nunca me dijo nada del asunto de la escritura; vivíamos muy cordialmente". (Respuesta a la décima-sexta pregunta).

El doctor Efraím Ramírez (cuaderno 3º, fs. 14 v. y 15), declara por haberlo presenciado, sobre las estrechas relaciones amistosas entre Rincón y la Alvarez y sobre la comunidad de habitación en el punto de "La Palmera" de Capitanejo.

La doctrina ha aceptado como indicio de simulación la circunstancia de que el contrato fingido aparezca celebrado entre parientes próximos o amigos íntimos, pues en esta forma se quiere evitar que el testaferro abuse de su condición aparente y traicione la confianza depositada por quien se desprende ficticiamente de sus bienes. Este indicio cobra mayor fuerza cuando se demuestra la habitación en común de los contratantes, a la época en que se hizo el pacto simulado.

2º **Inhabilidad económica del comprador.**—Está demostrado con abundante prueba testimonial la pobreza de Pedro Abel Rincón N., quien vivía de su jornal como cadenero en las carreteras, y gastaba su salario en frecuentes excesos alcohólicos y en sostener una concubina con quien hacía vida marital públicamente a la época en que se hizo la escritura, por lo cual no parece posible que en 1943 pudiera disponer de mil pesos para pagar el precio de la compra. Sobre el particular declaran el doctor Efraím Ramírez, Pedro Elías Acuña, José Alarcón, Varonio Gómez, Dioclés Blanco, Arcenio Flórez, Pedro Dubeibe y Rafael Bolívar (cuaderno número 3º, fs. 14 v., 19, 25, 26, 27, 33, 39 y 43 v.).

La doctrina también ha admitido como indicio grave de simulación la inhabilidad económica del supuesto adquirente, cuando éste por su extrema pobreza o sus haberes reducidos carece de medios pecuniarios o crediticios para desembolsar la suma de dinero que aparece entregada en el contrato fingido.

3º **Enajenación de la totalidad del patrimonio.** Por medio de la venta tachada como ficticia, María Teresa Alvarez Gómez aparece cediendo a Pedro Abel Rincón los derechos hereditales que ella tenía en la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez, por virtud de los cuales dicha señora venía poseyendo dos fincas rurales y una casa en Capitanejo. Esto constituía el patrimonio total de la Alvarez, como aparece de la relación de bienes practicada en el juicio de sucesión protocolizado por escritura número 580 de 13 de diciembre de 1947 de la Notaría Primera del Circuito de Málaga (cuaderno 1º, fs. 22 v.-27) y se confirma con las declaraciones de los testigos doctor Efraím Ramírez, Pedro Elías Acuña, Marcelino Espinosa, José Alarcón, Dioclés Blanco, Arcenio Flórez, Pedro Dubeibe y Rafael Bolívar (cuaderno 3º, fs. 15, 19, 21, 25, 26, 27 v. 33, 39 y 44), quienes afirman que aquella enajenación comprendía todos los bienes que poseía dicha señora.

Por otra parte, el reo Rincón acepta al contestar la demanda, que aquellos inmuebles son los mismos que entró a poseer por razón de la ven-

ta de derechos hereditarios contenida en la escritura número 34 (cuaderno número 1º, fs. 109 y v.). Y en las posiciones absueltas hace igual manifestación (cuaderno número 3º, f. 61 v.).

La circunstancia de que una persona enajene íntegramente sus haberes sin un motivo serio que justifique esta determinación, puede considerarse también como indicio de simulación.

4º **Precio irrisorio de la venta.**—En la escritura de venta de los derechos herenciales se hace figurar como precio la suma de un mil pesos pagada por el comprador Rincón, y éste en posiciones declara que tal dinero fue el que entregó a María Teresa Alvarez (cuaderno número 3º, f. 61). Tal suma no guarda proporción con la importancia y valor de los bienes enajenados, de tal suerte que el precio no sólo puede calificarse de vil sino de irrisorio. En efecto, en el juicio de sucesión de María Teresa Alvarez los bienes fueron avaluados en $ 5.300.00, en diligencia del 4 de septiembre de 1944 (cuaderno número 1º, fs. 22 v., 25), lo cual se halla corroborado con el dictamen pericial practicado dentro del presente juicio el 25 de febrero de 1952, según el cual los bienes valían comercialmente a la fecha en que se extendió la escritura de venta, la suma de $ 10.000.00, y a la fecha de practicarse ese avalúo $ 15.500.00 (cuaderno número 3º, fs. 49 v.—52 v.).

Cuando el precio que figura en la escritura de venta, no guarda relación con el justo valor de los bienes enajenados, apareciendo aquél como vil o irrisorio, se puede inferir falta de seriedad en el contrato y presumirse la simulación. En las ventas simuladas suélese señalar un bajo precio para hacer verosímil el desembolso del dinero en el adquirente que carece de posibilidades económicas.

5º **Ancianidad y enfermedad de la enajenante.** En el proceso hay plena prueba de las condiciones de inferioridad física en que se hallaba María Teresa Alvarez a la fecha del otorgamiento de la escritura de venta atacada de simulación. En efecto, consta del acta de bautismo que se acompañó a la demanda, que la enajenante tenía a la sazón 73 años (cuaderno número 1º, fl. 7), y de los testimonios de Pedro Elías Acuña, dueño de la pensión en donde se hospedó la anciana en Málaga por los días en que se firmó la escritura, y de Pablo Emilio Barón, notario que autorizó el instrumento, aparece su estado de enfermedad a tal punto que dicho funcionario hubo de trasladarse a la pensión para la celebración de la venta (cuaderno número 3º, fs. 19, 56 v. y 57). La enfermedad que padecía era una coxalgia que la incomodaba para movilizarse.

Las condiciones personales del aparente enajenante a la fecha del contrato acusado de simulación, tales como la senectud y enfermedad, pueden constituir indicio de la **causa simulandi** que explique el móvil de la llamada "escritura de confianza" por medio de la cual se designa un testaferro para ejecutar especiales instrucciones relacionadas con la administración y disposición de los bienes ante el riesgo de la muerte.

6º **Comportamiento posterior del adquirente.**—La conducta observada por Rincón con posterioridad a la venta y entrega de los bienes en Capitanejo, desde su retiro de esta población hasta su residencia en San Gil en donde culminan sus planes siniestros de eliminar a su pariente, conducta ampliamente relatada en el proceso penal y en las providencias de los jueces que conocieron del crimen, proporciona grave indicio de la simulación demandada.

En el proceso existen otros elementos de juicio que complementan la anterior prueba indiciaria. Tal la prueba de la fama pública sobre la simulación de la venta. En efecto, a raíz de haberse celebrado la venta entre Rincón y la Alvarez, en la ciudad de Capitanejo, en donde tenían su domicilio los contratantes y estaban ubicados los bienes, se formó la opinión generalizada y notoria de que tal acto era simulado o ficticio, o sea, que se trataba de una "escritura de confianza". Esto aparece aseverado en los múltiples testimonios de las mismas personas que declararon sobre las condiciones económicas de Pedro Abel Rincón.

Cabe destacar el dicho del testigo doctor Efraím Ramírez Martínez, prestante abogado de Málaga, quien afirma:

"No recuerdo si el negocio entre doña Teresa y Pedro hubiera tenido alguna resonancia en Málaga; me inclino a creer que no por no ser allí conocidos: pero lo que fue aquí en Capitanejo sí tuvo resonancia y en grande; **fue todo un escándalo, y nadie dudaba de que aquello había sido un contrato simulado**". (Subraya la Sala). (Cuaderno número 3º, fs. 15 y v.).

En un caso como el presente, la opinión generalizada y notoria que las gentes de un lugar se hayan formado sobre el carácter ficticio de una operación, puede servir para complementar la prueba de simulación, siempre que se trate de

de simples rumores sino de una verdadera prueba de fama pública. (C. J., artículo 698).

En concepto de la Sala, los indicios anteriores, graves, precisos y conexos, inclusive el principio de prueba por escrito anteriormente examinado, concurren a demostrar sin lugar a dudas la simulación absoluta de la venta contenida en la escritura número 94 de 1º de marzo de 1943. (C. J., artículo 665). Por el acto oculto o secreto se quiso que la venta aparente no tuviera ningún efecto trascendente desde el punto de vista patrimonial **inter partes**, alterándose así las estipulaciones consignadas en la escritura, de tal suerte que Rincón fue un mero testaferro para retener los bienes hasta cuando la Alvarez exigiera su devolución. No hubo ánimo de transferir el dominio en quien se dice allí vendedora, ni hubo ánimo de adquirirlo en quien aparece comprando, ni existió precio sino en las palabras de la escritura, ni existió realmente entrega de los bienes en propiedad.

En consecuencia, habrá de declararse la simulación absoluta del acto o contrato contenido en la escritura número 94, de fecha 1º de marzo de 1943, de la Notaría Primera del Circuito de Málaga, por el cual María Teresa Alvarez v. de Rojas cedió a Pedro A. Rincón los derechos que le corresponden en la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez.

V. — Acción restitutoria

Se ha demandado también la restitución de los bienes inmuebles relacionados en la petición d) del libelo. Pedro Abel Rincón N., recibió tales bienes de María Teresa Alvarez v. de Rojas, como consecuencia de la venta ficticia de los derechos herenciales.

Dichos bienes fueron inventariados, avaluados y adjudicados en la sucesión de María Teresa Alvarez v. de Rojas, como aparece del correspondiente juicio protocolizado por escritura número 580 de 13 de diciembre de 1947 de la Notaría Primera de Málaga. Las copias de las respectivas hijuelas, que se acompañan a la demanda, están debidamente registradas. Estas demuestran que los inmuebles cuya restitución se pide fueron adjudicados en la partición, a Ignacio Aristocles, José Segundo y Aníbal Alvarez, quienes posteriormente los vendieron, según consta de los instrumentos notariales también acompañados a la demanda y legalmente registrados, apareciendo hoy como dueño actual de aquellos bienes el actor Isaías León Archila (Cuad. Nº 1º, fs. 18-77).

Por otra parte, de la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, resulta acreditada la identificación de los inmuebles que se hallan en poder del arrendatario Pantaleón Duarte López y de sub-arrendatarios de éste (Cuad. Nº 3º, fs. 49v.-53).

Tanto en la contestación de la demanda como en la absolución de posiciones, Pedro Abel Rincón N. acepta que tales bienes eran poseídos por María Teresa Alvarez con **ánimus domini**, teniendo ella a su favor el título de la prescripción; que los inmuebles pasaron a poder del demandado por razón de la venta de los derechos cedidos por ella a Rincón, y que éste conserva la posesión de ellos habiéndolos arrendado a Pantaleón Duarte. (Cuad. Nº 1º, fs. 109 y v. Cuad. Nº 3º, fs. 61 y v.).

Para los efectos de la restitución de frutos y reconocimiento y pago de mejoras, el demandado Rincón ha de ser considerado como poseedor de mala fe a partir del día 27 de abril de 1944, fecha en que dió muerte violenta a María Teresa Alvarez Gómez. La consumación del criminal designio tuvo por móvil, según aparece del proceso penal, apoderarse de los bienes que mantenía por un acto de confianza de la interfecta.

Por consiguiente, la sentencia habrá de condenar al demandado a restituir a favor del demandante, los inmuebles determinados en los apartes I, II y III de la petición d) del libelo, con los frutos naturales y civiles que ellos hubieren producido o podido producir con una mediana administración, a partir del 27 de abril de 1944 (C. C., arts. 964 y ss.).

En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—Declárase absolutamente simulado el contrato de venta contenido en la escritura número 94, de fecha 1º de marzo de 1943, pasada en la Notaría Primera Principal del Circuito de Málaga y registrada allí mismo el 6 de marzo de 1943 en el Libro Primero Principal, Tomo Tercero, Partida 64, folio 38, y en el Libro Segundo Principal, Tomo Primero, Partida 91, folio 41 doble, escritura en la cual se dice que María Teresa Alvarez v. de Rojas vende a Pedro A. Rincón N. todos los derechos y acciones que tiene y que le corresponden o pudieran corresponderle en los

bienes de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez, derechos y acciones que le corresponden en su carácter de hija legítima;

2º—Condénase a Pedro Abel Rincón N. a restituir a favor de Isaías León Archila, los siguientes bienes inmuebles: I.—Una casa construida de tapias, madera y teja, y el sitio o suelo donde se halla edificada, con una cabida de 374 metros cuadrados, situada dentro del área de la población de Capitanejo, en la calle real y que linda así: Por el sur, desde la calle real de para arriba hasta encontrar las paredes de la casa cural, paredes divisorias, lindando con casa y solar de Timoleón Mogollón; por el oriente, con la casa cural, paredes en medio; por el norte, paredes en medio, con solar y casa que fue de Edelmira Castañeda antes, hoy de Agustín Torres; y por el occidente, calle real en medio, con propiedades de Miguel Cordero M., Isaiaz Tolosa y Agustín Cely. II.—Un derecho equivalente a la tercera parte del potrero común denominado "El Jaboncillo" o "El Jaboncillal", situado en la vereda o fracción de El Datal, Municipio de Capitanejo, demarcado en general así: por el pie, u occidente, deslinda con el antiguo camino que del Municipio de Capitanejo conduce a Boavita, hoy carretera seccional de este Municipio, linda con los herederos de Zárate Quiroz; por el norte, partiendo de dicho camino o carretera de para arriba por el zanjón hondo hasta dar al frente de un árbol de carate; de éste en línea recta a dar al punto donde se encuentra una cerca o vestigio de monte, linda con los de los mismos herederos de Zárate Quiroz; por cabecera y oriente, dicho vestigio o cerca al medio, hasta dar a la "Loma de los Guaras", linda con predios de Dionisio Blanco, Dionisio Barragán y Miguel Cordero, y por el sur, de dicha cerca en semicírculo bajando por una cuchilla hasta encontrar el camino que sale de Capitanejo a Macaravita, de aquí al zanjón de 'Los Antolines', éste bajando hasta el ramal de la carretera mencionada linda en todo este costado con predios de Miguel Cordero, Flora Manrique Zárate, Indalecio y Miguel Reyes Vargas y con otro predio de Isaías León Archila, con de Miguel Cordero, Manuel Camacho y el doctor Efraín Ramírez. Dentro de este alinderamiento se encuentran otros dos zanjones "Las Minas" y "Mojones", y unas vertientes de agua llamadas "San Juan" y "Salado" y unos ranchos pajizos. Este derecho tiene una cabida aproximada de cuarenta y cinco fanegadas sin agua de regadío y es tierra de tercera clase. III.—Una cuota parte de valor de tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos con veinticinco centavos ($ 3.364,25) en relación a un avalúo de tres mil setecientos pesos ($ 3.700-00) dado a todo el inmueble, en el terreno denominado "Portachuelo", en la fracción de El Datal, Municipio de Capitanejo y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el pie u occidente, desde un árbol de Tibigaro que está a la orilla de la toma de regadío o pié de falda, se sigue de para arriba de dicha toma hasta donde termina ésta frente a un árbol de moral, se sigue en la misma dirección de línea recta a dar a una piedra rucia que se encuentra al pié de un barranco, de ésta, siguiendo por otra toma de regadío que va por el pie del barranco hasta dar al punto de un vestigio de cimiento o cepa, linda en este trayecto con predios de Evelio Monsalve, con de los herederos de Donato Garza, Elías Monsalve y Efraín Ramírez; por el sur desde el vestigio y cepa de cimiento de para arriba en línea recta a encontrar una cerca de alambre y una hilera de árboles de gallinero, castaño y paloblanco, hasta dar a la callejuela que baja a la carretera que conduce a El Cocuy, luego tuerce hacia la derecha por dicha callejuela hasta encontrar un cimiento, atraviesa éste y sigue en la misma dirección hasta dar a un pedregal ciego, deslindando con predios de Pantaleón Duarte y Patrocinio García, de aquí sigue de para arriba por el mismo costado sur, por un mojón de piedras y cimiento hasta el camino que de Capitanejo conduce a Macaravita, linda en esta última parte, con predios de Miguel Reyes V.; por cabecera u oriente un cimiento, una hilera de datos al medio deslindando con predios de Miguel Reyes V.; por el norte, desde el extremo del cimiento siguiendo de para abajo a dar a un árbol de moral, de éste en la misma dirección a un cimiento y surco de árboles hasta encontrar una zanja o toma de regadío, siguiendo por dicha zanja en la misma dirección hasta llegar a un moral, y de éste de medio sesgo a la izquierda, a dar al Tibigaro citado como punto de partida del primer lindero, linda con la comunidad de "El Jaboncillo" o "El Jaboncillal" y con predios de Manuel Camacho. Este terreno tiene aproximadamente una extensión de diez y siete fanegadas con una casa de habitación y cocina de palo y paja, una enrramada de trapiche con su trapiche, fondos y adherentes para la fabricación de panela. Existen en el terreno algunas plantaciones y dicho terreno es de segunda clase y tiene para su regadío el agua de costumbre o sea cada ocho días, los martes, desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde y cada quince días seis

horas de agua los miércoles en las horas de la tarde;

3º—Igualmente el demandado debe pagar al actor el valor de los frutos naturales y civiles de los inmuebles, no solamente los producidos a partir del 27 de abril de 1944 sino los que hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad al hallarse tales bienes en poder del demandante. El valor de tales frutos como el de las mejoras necesarias a que tuviere derecho, conforme a la parte motiva del presente fallo, se liquidará por el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.;

4º—Revócase la sentencia proferida el 12 de julio de 1952 por el Juzgado Civil del Circuito de San Gil.

5º—Regístrese la presente sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Málaga, y cancélese la inscripción de la demanda.

6º—Sin costas ni en las instancias ni en casación.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CASOS EN QUE UN ACTO QUE EN SI MISMO NO ES DE COMERCIO ADQUIERE TAL CALIDAD PORQUE QUIEN LO REALIZA ES UN COMERCIANTE. — SOBERANIA DEL SENTENCIADOR DE SEGUNDA INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA.—CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION ESA APRECIACION DE LOS INDICIOS

1—Cuando el sentenciador fundamenta su fallo en la apreciación de hechos probados para llegar a la conclusión de que esos hechos demuestran la existencia del hecho que se investiga, es decir, cuando examina la prueba indiciaria, y llega a concluir que los indicios examinados reúnen las condiciones de gravedad, precisión y conexidad, es soberano en la apreciación de tales indicios, y la Corte no puede entrar a desvirtuar esa convicción del sentenciador. Solamente cuando se incurre por el Tribunal de instancia en evidentes y claros errores en la apreciación de los hechos indicadores, como cuando da por probada la existencia de un hecho, sin estarlo, procede el recurso de casación por haber el Tribunal incurrido en una apreciación del hecho evidentemente falsa.

2—Las operaciones que el propietario de predios rústicos realice para el aprovechamiento de maderas, cultivos, potreros, cría y ceba de ganados, etc., son actos civiles. Y las compras y ventas relacionadas con su explotación, aunque no son actos de comercio, según los numerales 2º y 4º del artículo 22 del Código de Comercio, se convierten en actos de comercio cuando son cumplidas por personas que tienen la calidad de comerciantes, que dedican sus actividades al ejercicio del comercio y que cumplen todos los requisitos para considerarlos como tales. Se aplica aquí un criterio subjetivo o personal, partiendo del comerciante hacia el acto de comercio, es decir, considerando la persona y no el acto realizado, para llegar a la conclusión de que los actos efectuados por los comerciantes, son de comercio y están, por lo tanto, sometidos a los preceptos de la legislación comercial (artículo 21, Código de Comercio, inciso segundo).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Ante el juez del circuito en lo civil de la ciudad de Armenia, en el Departamento de Caldas, Mercedes Uribe vda. de Velásquez presentó demanda en juicio ordinario de mayor cuantía contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Luis María Palomeque y Eloisa Vasco de Palomeque y contra la sucesión ilíquida del mismo Palomeque, representadas, la primera, por Eloísa Vasco de Palomeque, cónyuge sobreviviente, y por los menores Leonor, Eloísa, Luis María y Gabriel Palomeque Vasco, y la segunda, por los mismos Leonor, Eloísa, Luis María y Gabriel Palomeque Vasco, quienes son menores de edad, y por lo mismo deben comparecer en el juicio por conducto de Eloísa Vasco v. de Palomeque, como representante legal que es de los citados menores, para que con su citación y audiencia, se hagan las siguientes declaraciones:

a)—Que los demandados deben a la demandante la cantidad de **ocho mil sesenta y siete pesos con treinta y dos centavos** ($ 8.067-32) moneda legal, provenientes de la venta de veintiun (21) novillos, efectuada a nombre de la demandante por Constantino Botero a Luis María Palomeque, ya finado;

b)—Que en consecuencia los demandados están en la obligación de pagar a la demandante la cantidad enunciada arriba, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo o en el término que la sentencia les señale;

c)—Que se condene a los demandados en las costas del juicio.

Como peticiones subsidiarias figuran las siguientes:

a)—Que los demandados deben a la demandante la misma cantidad a que se contrae la petición principal, proveniente de la venta de veinte novillos efectuada a nombre de aquella por Cons-

tantino Botero a Luis María Palomeque, ya finado, y de un novillo dado al mismo Palomeque en comisión para la venta;

b)-- Que, en consecuencia, los demandados están en la obligación de pagarle a la demandante la mencionada cantidad de dinero dentro del término de tres días siguientes al fallo, o en el que la sentencia les señale, más los intereses legales de aquella cantidad desde el día 29 de abril de 1951, y las costas judiciales.

En quince hechos fundamenta la demandante sus peticiones, y tales hechos pueden resumirse así:

Luis María Palomeque, marido de Eloisa Vasco de Palomeque y padre de los menores citados en la demanda, falleció en Armenia el 21 de abril de 1951 y durante la mayor parte de su vida se dedicó al negocio de abastecedor de carne, y por los diez años, últimamente, al negocio de compra y venta de ganados; por sus condiciones personales y por su honorabilidad gozó de muy buena reputación, por eso los propietarios de haciendas en donde se engordan ganados le dispensaban crédito amplio; Palomeque compraba las reses gordas y las pagaba después de varios días, mediante la consignación que hacía en la cuenta corriente del vendedor en el Banco respectivo, y a la presentación del recibo de consignación expedido por el Banco, el vendedor de los ganados le hacía el abono o descargue en los libros.

Constantino Botero R., le vendió a Palomeque veinte cabezas de ganado vacuno, al precio de noventa y tres centavos el kilo y le entregó a comisión para la venta un novillo estimado a razón de sesenta y siete centavos el kilo.

El día diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y uno, Rafael Vidal, empleado de Palomeque, se trasladó a la hacienda "La Pradera", de propiedad de Mercedes Uribe v. de Velásquez, y movilizó el ganado hasta el matadero de la ciudad de Armenia. El ganado de que se trata fue pesado en la báscula del matadero y de acuerdo con el peso y con el precio estipulado, su valor, deducidos algunos gastos, ascendió a la cantidad **de ocho mil sesenta y siete pesos treinta y dos centavos moneda legal**, que el comprador Palomeque no pagó a la vendedora y que sus herederos tampoco han pagado. El comprador falleció repentinamente pocos días después de haber hecho la compra de ganado y de haber sido éste trasladado de la hacienda "La Pradera" al matadero de Armenia. Los semovientes citados fueron vendidos por Palomeque a diferentes compradores de ganados en la misma ciudad de Armenia.

El juez del conocimiento falló el negocio, en primera instancia, en sentencia de fecha 24 de abril de 1952, y absolvió a la parte demandada de todos y cada uno de los cargos formulados en el libelo de demanda. Esta sentencia fue apelada por la parte actora y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en fallo de 29 de agosto de 1953, revocó la sentencia de primera instancia, y resolvió:

"**Primero.**—Declárase que la sociedad conyugal formada por Luis María Palomeque y Eloisa Vasco de Palomeque y la sucesión de Luis María Palomeque, representadas ambas por la cónyuge sobreviviente, señora Eloisa Vasco vda. de Palomeque, mayor y vecina de Armenia, y por los herederos del finado Luis María Palomeque, deben a la señora Mercedes Uribe vda. de Velásquez la suma de **ocho mil sesenta y siete pesos con treinta y dos centavos moneda legal** ($ 8.067.32), provenientes de la venta de veintiún novillos, efectuada a nombre de ésta, al señor Luis María Palomeque, ya finado.

"**Segundo.**—Que, en consecuencia, los demandados están en la obligación de pagar a la señora Mercedes Uribe vda. de Velásquez, la suma a que se refiere el numeral anterior, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo.

"**Tercero.**—No se accede a la declaratoria formulada en el inciso c) de las peticiones de la demanda.

"**Cuarto.—Sin costas**"

Contra la sentencia anterior recurre en casación la parte demandada, y como se halla agotado el procedimiento, procede resolver el recurso.

La demanda de casación

El recurrente invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial que se estudian principiando, por orden de método, por la causal segunda, pues si éste prospera, no habría lugar a considerar los cargos formulados con base en la causal primera.

Cargo cuarto

Dice el recurrente al enunciar el cargo cuarto

que funda en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, "la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la demandante", y da tres razones para fundamentar el cargo, que se estudian en el orden en que son enunciadas:

"1º—Porque la demanda pidió se condenare a los demandados a pagar el precio de novillos vendidos a Luis Palomeque por Constantino Botero. La sentencia condenó al pago de novillos vendidos por cualquier intermediario".

No es cierto: la demanda pidió que se condenara a la parte demandada a pagar a la actora el valor de los novillos que fueron vendidos por Constantino Botero, y que eran de propiedad de la actora. La sentencia condenó en los términos de la demanda.

"2º—Porque las pruebas aducidas por el actor hablan sólo de venta de 20 novillos y comisión de otro; la sentencia condenó a la parte demandada a pagar a la actora la suma de $ 8.067-32, provenientes de la venta de veintiun novillos, efectuada a nombre de ésta (la señora viuda de Velásquez), al señor Luis María Palomeque ya finado".

La demandante pidió que se condenara a la parte reo a pagarle la cantidad de $ 8.067-32.

La sentencia condenó exactamente a pagar a la actora la cantidad que fijó en la demanda; ni más, ni menos.

"3º—Pero no reconoció la excepción de inexistencia del vínculo jurídico, y por tanto, de carencia de personería sustantiva, surgida de la falta de prueba del encargo para hacer el negocio a nombre de doña Mercedes Uribe de Velásquez, y del hecho de que la parte actora sostiene a veces que el gestor fue don Constantino Botero, al paso que en otras sostiene que el gestor fue el señor Jaime Velásquez Uribe".

El Tribunal estudió debidamente la excepción propuesta y no la aceptó. Esto está diciendo que el Tribunal no dejó de fallar sobre la excepción propuesta. Otra cosa muy distinta es que el fallo sobre la excepción hubiera sido adverso al excepcionante.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

Sobre los cargos fundados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente los siguientes, que se resumen así:

Cargo primero

"Incurrió el Tribunal sentenciador en violación de la ley sustantiva por indebida aplicación" y considera "violadas las siguientes disposiciones legales: artículos 91 de la ley 153 de 1887; 2142, 2149, 2158, 1505, 1634, 1849, 1857 y 1928 del Código Civil; 182, 333, 331, 356, 357, 360 y 384 del Código de Comercio al primero y el último de manera directa y los demás de manera indirecta".

Dice que se incurrió en la violación porque el Tribunal dió por establecida la existencia de un mandato en virtud del cual el mandatario dió en venta a Luis María Palomeque 21 novillos de propiedad de Mercedes Uribe v. de Velásquez y fundado en ese hecho no demostrado, declaró que los demandados deben y han de pagar a la supuesta mandante el precio del ganado que da por vendido por el mandatario. "En autos no aparece probada la realidad de ese mandato que hubiera creado vínculo jurídico entre la actora —supuesto mandante —y don Luis María Palomeque, esto es, que denuncie la existencia de una obligación de los sucesores de dicho señor respecto de doña Mercedes Uribe v. de Velásquez. No está demostrado, en efecto, que en alguna forma doña Mercedes hubiera conferido ese mandato ni a quién lo confirió".

En síntesis, el cargo quiere decir: afirma la demandante que Luis María Palomeque compró veinte novillos gordos y recibió uno para venderlo a comisión, ganados de propiedad de la demandante. Pero el negocio no lo hizo directamente Mercedes Uribe v. de Velásquez sino que fue pactado entre Palomeque y Constantino Botero R., recomendado de la señora Uribe v. de Velásquez, quien actuó así como apoderado para vender; no está demostrado que Botero R. tuviera el carácter de apoderado de Mercedes Uribe v. de Velásquez, luego no existe vínculo jurídico entre la demandante y los causahabientes de Palomeque; y al dar por probado el mandato, erró manifiestamente el sentenciador y esa equivocación lo llevó a violar la ley de manera directa y de modo indirecto.

A este respecto dice la sentencia en el acápite denominado "Personería":

"Ya se dijo en un principio que con las copias de las actas de estado civil presentadas con la demanda, se acredita la personería de la parte demandada. En cuanto a la parte actora, aunque es cierto que en el libelo se habla de que la venta se hizo por intermedio de Constantino Botero y posteriormente en el alegato y en la audiencia el apoderado de la parte demandante dice que fue Jaime Velásquez, hijo de la señora Uribe, quien sirvió como intermediario para el negocio, lo cier-

to es que sea el uno o el otro, su intervención no es sino la de un simple agente o recomendado cuya actuación queda revalidada con la aceptación hecha por los demandantes en el juicio.

"La Corte ha dicho: "Desde que se le reconozca a una persona el carácter de intermediario o vocero de otra en la verificación de un negocio, se está afirmando el poder especial que el intermediario tuvo para adelantar la comisión por cuenta del comitente'. (Casación, 21 marzo 1938. G. J. Tomo XLVI, pág. 259).

"De modo, pues, que habiéndose aceptado por la señora Uribe la actuación de su agente oficioso o recomendado para la transacción comercial de que se trata, ella tiene pleno derecho a ejercitar la acción propuesta; sería un error pretender que es al agente o recomendado a quien dicha señora debe demandar, pues es el comprador quien tiene que responder al mandante por el valor de la cosa comprada, porque el mandatario apenas hace las veces de aquel (artículo 2142 del C. C.).

"Mal puede, pues, hablarse de falta de personería de la parte demandada (sic) desde luego que todas las pruebas demuestran que el negocio se hizo con Palomeque y que los causahabientes de éste son los obligados a responder de la obligación, y no los intermediarios. Al proponer la demanda la señora Uribe acepta tácitamente la intervención y contrato hechos a su nombre.

"El argumento de que son los intermediarios quienes pueden demandar al comprador por el precio de la cosa, se funda en el olvido de estos principios elementales: a), que el contrato de mandato se puede hacer verbalmente y aún por la aquiescencia tácita, al tenor de los artículos 2149 y 2150 del C. C.; b), que el mandato comercial toma el nombre de comisión en casos como el de que se habla (artículos 331, 332, y 333 del Código de Comercio); y c), que al tenor del artículo 359 de dicha obra, hecha por el comisionista, la declaración del nombre de la persona por cuya cuenta obra, queda desligado de todo compromiso, y la persona nombrada (o sea el comitente) le sustituye retroactividad (sic) en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato.

"Además, según el artículo 360 del mismo Código "el comitente carece de acción directa contra los terceros con quienes el comisionista hubiere contratado en su propio nombre", lo que quiere decir, a contrario sensu, que sí tienen acción cuando el comisionista no ha obrado a nombre propio, sino a nombre y representación del comitente, como aquí sucede'.

"La Corte se expresa así: "El mandato, el consentimiento del mandante, se presta a través del mandatario, de suerte que en esta forma, los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por éste los adquiere directamente aquél, y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado el mandatario, porque éste obra para tales efectos reemplazando y sirviéndole de instrumento al mandante...". (G. J. Nº 1940, pág. 80)".

El ataque que hace el recurrente a la sentencia, en este primer cargo, consiste en negar que exista una relación jurídica entre Mercedes Uribe v. de Velásquez y los sucesores de Luis Palomeque, por no estar demostrado que la señora Uribe hubiera comisionado ni a su hijo Jaime Velásquez ni a Constantino Botero para hacer la venta de los ganados que adquirió Palomeque, pero debe declararse que no incurrió el Tribunal en error de hecho al aceptar la existencia del encargo por parte de la dueña de los ganados a quien hiciera la venta de ellos, porque existe prueba inequívoca de que la señora viuda de Velásquez aceptó la gestión de quien vendiera los ganados, toda vez que se ha presentado a demandar el cumplimiento de la obligación por parte de los causahabientes del comprador Palomeque y lo hace en su propio nombre. Tampoco incurre el Tribunal en violación directa de la ley por indebida aplicación, pues las razones que expone el Tribunal en la sentencia le dan razón en cuanto a la aplicación de las disposiciones legales aplicables al caso, como son las que consagran el derecho que tiene el mandante para reclamar el cumplimiento de la obligación por parte de quien negoció con el mandatario; y las que dicen que el encargo o el mandato puede conferirse aún de palabra. Si la señora Uribe vda. de Velásquez ha ratificado, por el hecho de presentarse en el juicio como demandante contra los sucesores de Palomeque, el negocio de venta de ganados que a su nombre hiciera su recomendado, esto indica que ella aceptó tal negocio y que ahora tiene todo el derecho para pedir el cumplimiento de la transacción.

Lo anterior justifica el rechazo que debe hacerse al primero de los cargos.

Cargos segundo y tercero

El segundo y el tercero de los cargos formula-

dos a la sentencia se encuentran tan vinculados entre sí, que pueden estudiarse conjuntamente. Estos dos cargos pueden compendiarse así:

La demanda original, dice el recurrente, se refiere a un negocio de compra-venta de ganados, y lo estima como de derecho civil y por tanto las obligaciones que la parte actora pretende hacer efectivas, son obligaciones extrictamente civiles. La sentencia, en cambio, definió el negocio como un contrato de carácter comercial, celebrado entre comerciantes y por eso estima que, en cuanto a las pruebas, se rige por las disposiciones del Código de Comercio, y así les dá valor de principio de prueba por escrito a los asientos de contabilidad que figuran en los libros de la actora y que se refieren al negocio celebrado con Palomeque, quien no dejó ningún apunte o escrito sobre la negociación y menos aún sobre la deuda que se le cobra, por ese concepto, a sus sucesores.

La compra de los veintiun novillos, sigue el recurrente en el cargo tercero, no es un negocio de carácter mercantil sino de carácter civil, y tratándose de una compraventa de este último carácter, al dar a los asientos de contabilidad que figuran en los libros de la parte actora el valor de un principio de prueba por escrito, les otorgó la sentencia un valor distinto al de simples anotaciones privadas que les asigna el artículo 51 del Código de Comercio.

Pero aún en el caso de que el negocio de ganado, sobre que versa este pleito, si fuera una operación mercantil celebrada entre un comerciante y uno que no lo es, y por lo tanto los asientos en los libros de contabilidad presentados por la actora, tuvieran el carácter de principio de prueba por escrito, el Tribunal incurrió en aplicación indebida de la ley sustantiva, porque dió por plenamente probado el negocio de compraventa, que se dice celebró la actora con Luis María Palomeque, sin estarlo, y por tanto cometió el Tribunal un error de derecho manifiesto que lo llevó a condenar a la parte demandada al pago del precio de los ganados materia de la transacción.

Se considera:

Sea lo primero examinar si realmente está demostrado que Luis María Palomeque compró a la demandante los veintiun novillos, cuyo precio fija la demanda en la cantidad de ocho mil sesenta y siete pesos con treinta y dos centavos moneda legal ($ 8.067-32), porque este hecho es básico en el litigio.

El Tribunal parte de la base de que en los libros de contabilidad de la demandante señora Uribe de Velásquez está relacionada la negociación efectuada con el señor Palomeque y examine, en seguida, una serie de hechos que califica como de indicios para llegar a la conclusión de que se demostró el hecho básico de la compraventa de los ganados. Para llegar a esta conclusión no se observa que el Tribunal incurriera en manifiesto error de hecho, por cuanto no aparece demostrado que hubiera considerado como existentes hechos indicadores que en la realidad no existen. Cuando el sentenciador fundamenta su fallo en la apreciación de hechos probados para llegar a la conclusión de que esos hechos demuestran la existencia del hecho que se investiga, es decir, cuando examina la prueba indiciaria, y llega a concluir que los indicios examinados reúnen las condiciones de gravedad, precisión y conexidad, es soberano en la apreciación de tales indicios y la Corte no puede entrar a desvirtuar esa convicción del sentenciador. Solamente cuando se incurre por el Tribunal de instancia en evidentes y claros errores en la apreciación de los hechos indicadores, como cuando dá por probada la existencia de un hecho, sin estarlo, procede el recurso de casación por haber incurrido el Tribunal en una evidentemente falsa apreciación del hecho.

La jurisprudencia de la Corte es muy repetida en este sentido, y basta citar la doctrina que trascribe la sentencia y que dice:

"...La apreciación de esas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico..." (G. J.—Tomo LIX, pág. 826, y Tomo LXI, pág. 671).

Se concluye de lo dicho que, en virtud de la soberanía de los Tribunales en cuanto a la apreciación de las pruebas, no puede desconocerse la convicción del Tribunal en que dió por demostrado el hecho básico del presente litigio, o sea que evidentemente Luis María Palomeque compró veintiun novillos de propiedad de Mercedes Uribe v. de Velásquez, y cuyo precio es el determinado en la demanda.

Pero es que además existe la demostración de que la señora Uribe de Velásquez, vendedora del ganado por sí o por conducto de su recomendado, es comerciante, según se desprende del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Armenia, y aun cuando la venta de ganados gor-

dos por parte del cebador no es por sí mismo un acto de comercio, es indudable que cumplido ese acto entre comerciantes, los asientos de contabilidad que hace uno de ellos en sus libros de comercio, que lleva con el pleno de las formalidades legales, constituyen una plena prueba, tanto más si la persona con quien negoció, en el caso de autos Luis María Palomeque, también fue comerciante. Es decir, se contempla aquí el caso de una negociación de ganados gordos celebrada entre comerciantes, y por esto queda plenamente demostrada con los asientos de contabilidad que una de las partes haya hecho en sus libros, pese a que la otra parte no hubiera presentado los suyos, por no haberlos llevado, como ordena la ley, o porque no hubiera deseado presentarlos. Es cierto, como lo dice el recurrente, que el acto de vender ganado gordo, por parte del dueño de un fundo, no es un acto de comercio, sino un acto de carácter civil, y si el Tribunal lo estimó como acto de comercio para aplicarle las disposiciones legales que rigen esta clase de actos, especialmente para deducir que los asientos en los libros de quien no es comerciante constituyen un principio de prueba por escrito que se complementa con otras pruebas para constituir la plena prueba de la existencia del hecho alegado por la demandante en este juicio, se equivocó el Tribunal en cuanto a la apreciación jurídica del acto mismo.

Pero si es cierto que, como lo ha dicho la Corte en sentencia de 17 de noviembre de 1954, no publicada todavía en la Gaceta Judicial, "el propietario de predios rústicos que destina sus tierras a la explotación forestal, agrícola o ganadera, ejerce una industria típicamente civil. Las operaciones que realice para el aprovechamiento de maderas, cultivos, potreros, cría y ceba de ganados, etc., son actos civiles. Y las compras y ventas relacionadas con su explotación no son actos de comercio, según los numerales 2º y 4º del artículo 22 del Código de Comercio", esos mismos actos se convierten en actos de comercio cuando son cumplidos por personas que tienen la calidad de comerciantes, que dedican sus actividades al ejercicio del comercio y que cumplen todos los requisitos para considerarlos como tales. Se aplica aquí un criterio subjetivo o personal, partiendo del comerciante hacia el acto de comercio, es decir, considerando la persona y no el acto realizado, para llegar a la conclusión de que los actos efectuados por los comerciantes, son de comercio y están, por lo tanto, sometidos a los preceptos de la legislación comercial (artículo 21, Código de Comercio, inciso segundo).

En el caso **sub-judice**, está demostrado que la demandante tiene el carácter de comerciante, pues así figura inscrita en los registros de comercio en la Cámara respectiva del lugar de su domicilio; por lo que hace al señor Luis María Palomeque, está demostrado, también por los numerosos testimonios que obran en el proceso y por la misma declaración hecha por la demandada Eloísa Vasco de Palomeque, que dicho señor se dedicó, durante los últimos años de su vida a comprar y vender ganados gordos para revenderlos a los expendedores de carne en la plaza de Armenia, y esta actividad, que es esencialmente de actos de comercio, dá a quien a ella se dedica el carácter de comerciante. Ya no es el acto de cebar ganados para venderlos, es decir no se trata de producir carne destinada al consumo humano, es la actividad comercial del intermediario que compra los ganados gordos para vender la carne y llevarla a los consumidores. En la misma sentencia citada arriba, dijo la Corte:

"...Si un individuo se dedica a comprar ganados para revenderlos a distribuidores y expendedores de carne, en ferias o mercados públicos, trátese de ganados flacos o cebados en pastos ajenos, realiza una industria típicamente comercial y las operaciones de compra y venta son actos de comercio, conforme al artículo 20, numerales 1º y 3º del Código. No se trata entonces de actos de producción sino de interposición entre productores y consumidores, destinados a facilitar el intercambio de mercancías y con el ánimo de especulación".

Las consideraciones anteriores se hacen para concluir que, tratándose de una operación cumplida entre comerciantes, el acto a que ella se refiere es, por ese aspecto, un acto de comercio; y que, en virtud de tales características, los asientos en los libros de comercio llevados correctamente por una de las partes hacen plena prueba en su favor, respecto de la existencia de la negociación contra la otra parte que no los presenta (artículos 39, inciso 2º y 43 del Código de Comercio).

Ahora bien, como quedó satisfactoriamente demostrado en el juicio, en los Libros de contabilidad presentados por la demandante y que fueron materia de inspecciones oculares, aparece reseñada con toda claridad, la negociación hecha sobre la venta de 21 novillos de propiedad de la actora a Luis María Palomeque, determinando allí el

precio unitario y el valor total de la transacción, cargado ese precio en la cuenta del comprador Palomeque y no abonado por no haber pagado.

Si, pues, la obligación a cargo de Luis María Palomeque, hoy la parte demandada, y a favor de Mercedes Uribe v. de Velásquez, está plenamente probada y la parte demandada no demostró haberla cumplido, es necesario concluir que la sentencia recurrida en su parte resolutiva, está bien dictada, si bien los motivos que llevan a la Corte a esta determinación son distintos a los que tuvo en cuenta el Tribunal.

Por los motivos expuestos se rechazan los cargos estudiados.

En mérito de todo lo anterior, 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 veintinueve (29) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario de Mercedes Uribe v. de Velásquez, contra Eloísa Vasco de Palomeque y otros.

Sin costas en el recurso.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro, Secretario.

PROCEDIMIENTO QUE DEBE ADOPTAR EL SENTENCIADOR CUANDO SE TRATA DE UNA SITUACION DE HECHO NO PREVISTA POR LEY APLICABLE PARA DESATAR EL CONFLICTO

El fallador para desatar una oposición de intereses, a falta de una norma positiva expresa, debe acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley misma se han encargado de hacer prevalecer con fuerza correctiva para restablecer el equilibrio jurídico, sin que la magistratura pueda negarse a fallar, porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que "los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 6 de junio de 1953.

Para precisión del punto debatido en casación, es preciso determinar los antecedentes del negocio:

Entre los señores José María Araújo y Rafael Macías se convino en celebrar verbalmente el negocio de compra-venta de la finca denominada "El Cascajal", ubicada en el Municipio de Gigante cuya delimitación se precisa en el juicio. Como realización de ese convenio Macías le entregó a Araújo el inmueble citado quedando como arrendatario de algunas de sus porciones; a su turno el presunto comprador le entregó al vendedor y a buena cuenta del precio la suma de $ 20.920.00. Como el convenio verbal no llegara a tener existencia jurídica porque ni se celebró la promesa de venta en las condiciones a que alude el artículo 89 de la ley 153 de 1887, ni mucho menos se otorgó la respectiva escritura pública, Araújo presentó demanda contra Macías para que éste fuera condenado a entregar o restituirle la suma antes referida lo mismo que los intereses legales y a pagarle los perjuicios sufridos por la no devolución de aquella suma. En ese libelo se afirma que Macías al negar el otorgamiento de la escritura o la devolución del dinero recibido, obtuvo un enriquecimiento ilegal y a la vez un empobrecimiento correlativo para el actor. Entre los fundamentos de derecho se adujo el consagrado por el artículo 2.313 del C. C., sobre "Pago de lo no debido".

A su turno Macías, quien se opuso a que fueran hechas las declaraciones contra él impetradas, formuló demanda de reconvención contra el actor y allí solicitó en forma especial que Araújo fuera obligado a restituirle todos los bienes raíces, muebles y semovientes que enumeró, con todos los frutos naturales y civiles producidos, a indemnizarle los deterioros que por hecho o culpa del contrademandado hayan sufrido los mismos bienes, debiendo igualmente ser declarado responsable de todos los daños y perjuicios causados al señor Macías en los bienes relacionados y durante el tiempo en que Araújo los ha retenido.

En esta contrademanda se pidió también la restitución de 222 cabezas de ganado vacuno que el contrademandante afirmó haberle vendido a Araújo dentro del mismo negocio relacionado con la finca raíz: bueno es advertir desde ahora que el Tribunal no halló conexión jurídica entre esas dos operaciones y estimó, por lo tanto, que el negocio de dicho ganado se había perfeccionado debidamente, se había pagado su precio y había ingresado en el patrimonio del comprador.

Sobre la base de un detenido examen del elenco probatorio entre el cual se hallan las propias confesiones de las partes, rendidas en posiciones, el fallador llegó a las siguientes conclusiones:

Que evidentemente se había celebrado verbalmente el convenio en relación con la compra-venta de "El Cascajal"; que Macías le hizo entrega a Araújo del inmueble habiendo conservado, en calidad de arrendatario, algunas partes de él; que como parte del precio Macías recibió de

Araújo la suma de $ 20.920.00; que el inmueble, durante el tiempo que lo ha tenido Araújo ha sufrido perjuicios que no lograron determinarse en su valor numérico; que de acuerdo con el avalúo dado por los peritos a "El Cascajal", con exclusión de los lotes que ha tenido Macías como arrendatario, para pagar el total del precio, Araújo ha debido entregarle a Macías la suma de $ 1.774.00.

Sobre estos presupuestos se dictó la sentencia objeto del recurso confirmando en unas partes la del inferior y reformándola en otras. La sentencia es la siguiente con las modificaciones hechas por el Tribunal:

1º—Por carecer de eficacia legal la promesa pactada verbalmente entre el señor Rafael Macías V., y José María Araújo sobre contrato de compra-venta de la finca denominada "El Cascajal", ubicada en la jurisdicción del Municipio de Gigante y determinado como se dice en la demanda, no produjo obligación alguna para compelerlos a su cumplimiento.

2º—En virtud de lo anterior, el señor José María Araújo debe restituir al señor Macías V., quince días después de ejecutoriado este fallo, la tenencia material del inmueble, muebles y semovientes de que trata la petición 1ª de la contrademanda, exceptuando las 222 cabezas de ganado. El Tribunal reformó este punto "en el sentido de expresar que de la obligación para Araújo de restituir la finca mencionada, se excluye aquella parte de ese inmueble que quedó en poder de Macías en virtud del llamado contrato de arrendamiento que ellos celebraron: y de la obligación de restituir los bienes enumerados en el punto B de la primera petición de la demanda de reconvención, deben excluírse las cuatro bestias de servicio que también quedaron en poder de Macías según consta en el citado documento de arrendamiento".

3º—Condénase al señor Rafael Macías a pagar al señor José María Araújo 15 días después de la notificación de esta sentencia, la cantidad de veinte mil novecientos veinte pesos ($ 20.920.00) moneda corriente, con sus intereses, liquidados a la rata del seis por ciento anual, a partir del 28 de abril de 1948, hasta cuando el pago se verifique. El Tribunal confirmó este numeral pero lo revocó en cuanto se refiere al pago de intereses.

4º—Condénase al señor Araújo a pagar al señor Macías los frutos naturales y civiles del fundo de "El Cascajal", así como también a pagarle los productos de las yeguas y los cerdos, por los valores asignados en el dictamen pericial, a partir del 28 de abril de 1948, hasta cuando verifique la entrega o el pago a satisfacción del segundo. El Tribunal confirmó este punto 4º en cuanto se condena a Araújo a pagarle a Macías los productos de las yeguas y de los cerdos, en la forma dicha pero a partir del 1º de agosto de 1946 en adelante; y lo revocó en cuanto se le condena a pagar frutos naturales y civiles, para en su lugar condenar a Araújo a pagarle a Macías los intereses legales correspondientes a $ 1.764.00 desde el 1º de agosto de 1946, hasta cuando entregue la finca.

5º—El señor Araújo procederá a pagar los bienes o productos dichos en esta sentencia de acuerdo con la estimación pericial, en caso de no existir al tiempo de la entrega.

6º—Se condena igualmente al señor Araújo al pago de los deterioros del fundo de "El Cascajal" en cuanto se hubiere aprovechado de ellos, como si destruyendo o dejando deteriorar los cercos alambrados hubiere dispuesto del alambre en su propio beneficio. Pero tendrá derecho al pago de las expensas necesarias, así como al reconocimiento de las mejoras útiles, siempre que éstas se hubieran efectuado antes de la contestación de la demanda. (Artículos 963, 965 y 966 del C. C.). El Tribunal confirmó este punto "adicionándolo tan sólo para poner como principal ejemplo de deterioros, el arrasamiento de pastos por exceso de ganado, y para expresar que esa estimación de perjuicios se hará de acuerdo con lo que aparezca al tiempo de la entrega, según las normas indicadas en el art. 553 del C. J. Suprímese la advertencia final sobre compensación. Sin costas en ninguna de las instancias".

En algunos de los apartes de la motivación dice el Tribunal: "Pero el Tribunal observa que en un litigio como el presente, que en sus resultados es igual a una resolución de un contrato de compra-venta en que las partes deben ser restituídas a su estado anterior con pago de intereses y frutos, es pertinente lo establecido en el artículo 1.932 del C. C., porque es una norma equitativa y justa, o sea que hay una especie de compensación entre el rendimiento del precio y los frutos de la cosa entregada; y es que si esta norma aparentemente favorable al comprador o supuesto comprador, rige en la resolución de una venta por no pago del precio, es decir por omisión del comprador, con mayor razón debe ser aplicada en casos como el presente en que la restitución de las cosas al estado anterior no ocurren por

omisión del comprador o presunto comprador, sino por inexistencia del contrato. Cuando el bien ha sido entregado en su totalidad y otro tanto ocurre con el precio, en forma simultánea, no hay problema. La compensación es completa y ninguno debe nada al otro por concepto de frutos o intereses. Mas si no ocurre esto, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia 'El artículo 1.932 del C. C., referente a las prestaciones o restituciones mutuas entre el vendedor y comprador cuando se da clara la resolución de la venta, se limita a establecer una regla de equidad o proporción entre los frutos de lo recibido y lo pagado; por donde se colige que si el comprador recibió la cosa materia de venta, y el vendedor parte del precio únicamente, los frutos de esa parte (intereses) se compensan con los producidos por la parte correspondiente de la cosa, y la restitución debe tan sólo contraerse a la diferencia resultante'".

El Tribunal encontró, pues, "equitativo y justo" compensar los frutos que hubiera podido producir el inmueble que quedó bajo la tenencia de Araújo con los intereses de la suma entregada por éste: pero, como se anotó anteriormente, no habiendo cubierto la totalidad del precio del inmueble, según el avalúo respectivo que obra en autos, ya que no hubo acuerdo sobre tal aspecto entre los presuntos contratantes, sí se condenó al pago de los intereses legales de esa diferencia, o sea de la suma de $ 1.764.00.

Se estima indispensable retievar que Araújo confesó en las posiciones haber recibido el inmueble y declarando literalmente: "Yo retengo la finca porque la compré de buena fe, hasta que me devuelva el señor Macías el dinero que a buena cuenta de ella le dí, más el valor de los perjuicios que he sufrido con tal negocio".

La demanda de casación

Dice el recurrente: "Causal de casación.—Dentro de la causal 1ª de casación contenida en el art. 520 del C. J., acuso el fallo del 6 de junio de 1953 expedido por el H. Tribunal de Neiva, por violación de la ley sustantiva por aplicación indebida del art. 1.932 del C. J. Para proferir el fallo acusado, el Tribunal Superior sienta la tesis de que el negocio presente equivale en su contenido a la resolución de un contrato de compraventa, por inexistencia del contrato: como consecuencia de la anterior tesis, aplica y da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.932 del C. C., que es norma contenida en el Capítulo 9º, Título 23 del Libro 4º del mismo Código, o sea en el que trata de las obligaciones del comprador.

Y fundamentando el recurso continúa: "Para que el comprador, no cumpla las obligaciones del contrato cuya principal es la del pago del precio, al tenor del art. 1.928 del C. C., se requiere que este haya sido constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, y sucediéndo aquéllo ocurrirá entonces la resolución del contrato con las prestaciones contenidas en el art. 1.932 que sirvió de fundamento legal al fallo acusado".

"El Tribunal, sin embargo, considera y encuentra probado que el comprador pagó casi la totalidad del precio, estimando que para que este pago fuera total sólo habría faltado que mi mandante hubiera agregado la suma de $ 1.764.00, sin que el H. Tribunal hubiera encontrado razón alguna para considerar que mi mandante fuera constituído en mora ya que se afirmó sin que hubiera prueba en contrario que mi mandante pagaría el saldo total en el momento en que suscribiera la correspondiente escritura.

"De ahí el que no sea aplicable el artículo 1.932 del C. C., cuya aplicación opera cuando el comprador se ha negado a pagar el precio, es decir, cuando media la oposición activa del comprador que se rechaza a cumplir su obligación principal".

Afirma el recurrente que en el juicio se planteó la acción de "enriquecimiento sin causa" y que los falladores de instancia se "limitaron a decretar las prestaciones recíprocas correspondientes a la resolución de un contrato, que no existió al tenor de lo dicho por el propio Tribunal: que en este negocio en realidad hubo un aprovechamiento por parte del presunto vendedor, señor Macías, del dinero que mi mandante le entregó y que el demandado se niega a reembolsar". Para respaldar su tesis inserta una jurisprudencia de la Corte: (Casación, 30 de julio de 1941), acerca de la viabilidad de la acción in rem verso sobre un caso que no puede aplicarse al a que se refiere el presente negocio, como adelante se verá, para concluir que la acción incoada fue la autorizada por el art. 8º de la ley 153 de 1887. Termina solicitando que "previa la infirmación del fallo demandado" se decreten los pedimentos formulados en el libelo inicial del juicio.

La Corte considera:

Entre los señores Araújo y Macías se celebró una promesa verbal sobre la compra-venta del inmueble de "El Cascajal", promesa que al tenor

del art. 89 de la ley 153 de 1887 no producía "obligación alguna" por carecer de los requisitos esenciales exigidos en aquel precepto. Pero como resultado de esa conversación, los señores Araújo y Macías se anticiparon a cumplir lo que no tenía fuerza jurídica: Macías entregó el inmueble a Araújo y aquél recibió parte del precio prometido; en esas circunstancias no se llevó a realidad el contrato respectivo y los presuntos vendedor y comprador han solicitado la intervención de la jurisdicción para que resuelva una situación de hecho que ha originado conflicto de intereses entre las partes en el juicio. El Tribunal obrando dentro del criterio de la equidad, al fallar le ha dado aplicación al espíritu que informa el artículo 1.932 del C. C.; y ha pronunciado una sentencia en donde se tienen de presente los varios aspectos que ofrece el material de prueba ante la exigencia de los respectivos pedimentos.

Si se tratara de una convención regularmente celebrada, podría aceptarse la tesis del recurrente al acusar el fallo por violación directa del citado mandato, cuando dice que, en el caso de autos, el comprador no fue constituído en mora de pagar el precio convenido y que, por lo tanto, el fallador careció de fundamento para darle aplicación al precepto que estima violado; pero la acusación incurre en un error de principio, porque si no existió promesa de venta ni contrato de compra-venta, no podía tener vigencia lo dispuesto por el art. 1.930 del C. C., no citado por el recurrente, en cuanto dispone: "Si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios". El presunto vendedor hubiera carecido de derecho para constituir en mora al comprador por la ausencia de un vínculo jurídico que obligara a éste.

Si a la jurisdicción se le ha planteado una situación de hecho originada en una promesa verbal "que no producía obligación alguna"; si por una parte el señor Araújo pide que Macías sea condenado a restituirle los valores que le dió, pero sin decir que se encuentra disfrutando del goce del inmueble que se le entregó; y si Macías solicita la restitución de la finca en la forma en que lo ha hecho, pero sin hacer alusión al dinero que recibió, el fallador para desatar esta oposición de intereses, a falta de una norma positiva expresa, tenía que acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley mismo se han encargado de hacer prevalecer con fuerza coercitiva para restablecer el equilibrio jurídico, sin que la magistratura pueda negarse a fallar porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que "los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

En armonía con los conceptos antes expuestos, el artículo 8º de la ley 153 de 1887 expresa: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Sobre el espíritu de esta disposición la doctrina y la jurisprudencia colombiana, inspirada en normas reguladoras de una normal convivencia social, y teniendo de presente los avances que en esta materia ha realizado la legislación foránea, ha fundamentado la acción originada en el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa y aquéllas que, como la de que trata el presente fallo, deben resolverse por analogía con otras disposiciones y sobre la base de la equidad y de la moral. No anduvo, pues, desacertado el fallador de instancia al resolver en la forma en que lo hizo tanto la demanda principal como la de reconvención: la lectura del fallo pone de presente su esfuerzo para liquidar el conflicto en forma clara sin que pueda razonablemente fundarse contra él una tacha por desconocimiento de legítimos derechos que aparecen compensados para buscar una solución inspirada en la justicia.

El recurrente, como se ha visto, declara que la acción principal intentada fue la 'in rem verso' y que el fallador guardó silencio sobre esta cuestión; cita la jurisprudencia que se anotó atrás, habla sobre los requisitos o elementos constitutivos de la acción de enriquecimiento injusto y anota que la Corte "ha sido prolija y amplia" en la aplicación de los principios que se derivan de esta teoría.

Por estos aspectos la Corte anota: la jurisprudencia citada no puede aplicarse al caso del juicio; allí se trataba de la acción incoada por un presunto comprador para que se le devolvieran valores que había entregado en razón de una compra-venta de inmuebles que no llegó a verificarse; tampoco allí hubo una promesa de contrato en la forma que la ley establece, pero al

presunto comprador no le fue entregada la finca. No existe analogía con el caso contemplado en este juicio.

Sobre la actio in rem verso a que se refiere el recurrente se considera: por el mismo fundamento de derecho dado a la demanda principal se ve que el actor pretendió derivar su derecho del cuasicontrato de "pago de lo no debido": si el fallador lo hubiera tenido de presente al pronunciar su sentencia y partiendo del principio de la buena fe que aceptó entre los potenciales contratantes, en aplicación del art. 2.318, no hubiera llegado al extremo de hacer las compensaciones de frutos con los intereses del dinero recibido por el mandante del recurrente; hubo indudablemente, de parte del señor Araújo lo mismo que de Macías error de hecho y de derecho; en uno al entregar dineros cuando el contrato no había tenido existencia legal y, el otro cuando puso al comprador en el goce del inmueble ofrecido en venta.

Pero tampoco tenía viabilidad la acción derivada del injusto enriquecimiento. Las mismas formulaciones o conceptos expuestos por el recurrente así lo demuestran; basta tan sólo hacer referencia a algunos de ellos. La in rem verso presupone: "Que exista en el obligado una ventaja patrimonial, positiva o negativa, o sea que se obtenga enriquecimiento adicionando su patrimonio, o bien el beneficio recibido, evite un menoscabo de su patrimonio". Cuál la ventaja patrimonial recibida por el señor Macías, si esa posible ventaja llegó a hacerse ilusoria al desprenderse del goce del inmueble de "El Cascajal"? "Que haya empobrecimiento correlativo, es decir, que la ventaja obtenida por el uno, haya sido a expensas del otro, o que la ventaja de aquél surja de la desventaja del otro". Tampoco el caso que motiva esta providencia reúne esta condición esencial de la acción aludida. Porque la situación de hecho la niega. El enriquecimiento de una parte debe empobrecer a la otra, pero ello no puede ofrecerse cuando las mutuas prestaciones se compensan, que fue la tesis sostenida por el Tribunal, consultando la equidad y moral misma que gobiernan o deben gobernar las relaciones económicas de los hombres.

Estas anotaciones sirven para afirmar cómo el fallador de instancia no redujo a su estricto contenido la ambición del actor en el juicio, sino que abriendo un más ancho horizonte al problema planteado, lo llevó a liquidar prestaciones mutuas con ventaja para el mismo señor Araújo.

Por lo antes expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, de fecha seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio ordinario seguido por José María Araújo contra Rafael Macías.

Sin costas porque no se causaron.

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

Ignacio Gómez Posse. — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre. — Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretraio.

ACCION DE FILIACION NATURAL

1—En numerosos fallos la Corte ha insistido en el carácter restricto que debe gobernar la apreciación y mérito de la prueba en todo lo que diga relación a los juicios de indagación de la paternidad natural, por la trascendencia privada, familiar y social que tienen estas providencias judiciales, y de modo especial cuando al frente de la parte pasiva de la acción no se halla el legítimo contradictor, sino sus herederos.

2—No es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda.

3—Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de sostener que los elementos integrantes de la posesión notoria del estado de hijo natural, trato, fama y permanencia, deben ser acreditados en forma irrefragable, como lo dice la ley; que los testigos deben exponer al respecto las motivaciones concretas de sus apreciaciones personales y que hechos aislados o de carácter equívoco no pueden dar base para sostener la existencia de la posesión notoria de un estado civil como fuente de trascendentales derechos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Ante el Juzgado del Circuito de Neiva por conducto de apoderado, Alfonso y Octavio Herrera o Quintero, mayores de edad, demandaron por los trámites del juicio ordinario "a la señora Inés Rojas v. de Herrera en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijas María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés Herrera Rojas para que por sentencia definitiva se hicieron las siguientes declaraciones:

"1ª—Que Alfonso y Octavio Herrera o Quintero son hijos naturales del señor Juan B. Herrera, muerto en el municipio de Carnicerías el 23 de marzo pasado, pero vecino de Neiva. (La demanda está fechada el 28 de julio de 1949).

"2ª—Que en fuerza de ese vínculo de filiación natural, Alfonso y Octavio Herrera o Quintero, son herederos del citado señor Juan B. Herrera, en concurso con la cónyuge sobreviviente de éste, Inés Rojas v. de Herrera y de sus menores hijas María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés Herrera Rojas, por tener tanto derecho como éstas a recoger la herencia del causante.

"3ª—Que los demandados deben entregar a mis mandantes los bienes que según disposiciones legales les corresponden en calidad de herederos del señor Juan B. Herrera pertenecientes a la sucesión de éste, con sus aumentos y frutos, restitución que debe acatarse y cumplirse en un todo".

Como hechos básicos de la acción fueron anotados los siguientes:

"a).—Por los años de 1923 o principios de 1924, encontrándose en esta ciudad Juan B. Herrera y María Emma Quintero, solteros, empezaron a hacer vida marital de manera manifiesta y permanente, para sus amigos, relacionados y demás personas que los conocían, por cuanto que moraban bajo un mismo techo y cohabitaban en forma ostensible para ellos.

"b).—Al poco tiempo de vivir juntos en la forma dicha, comenzaron a notar y observar sus amigos y relacionados el fruto de esas relaciones sexuales, ya que María Emma empezó a lucir su preñez, y a su debido tiempo dió a luz un niño, a quien pusieron el nombre de Alfonso, siguiendo el susodicho enlace hasta que llegó el otro, Octavio, a quien bautizaron después de muerta su madre, pues conviene apuntar aquí que este niño nació el 29 de octubre de 1926 y su madre murió el 14 de febrero siguiente.

"c).—Desde la muerte de María Emma Quintero, Juan B. Herrera, su amante y padre natural de los niños Alfonso y Octavio ya nombrados, recogió a éstos y siguió atendiéndolos con el solícito cuidado de un padre, ya que vivían bajo un mismo techo y comían de lo que él comía, a la vez que atendía a su vestuario y demás menesteres propios de un padre de familia, como a la asistencia médica y de drogas, etc., figurando siempre con el apellido 'Herrera' y con ese los presentaba en público.

"d).—A los mencionados Alfonso y Octavio He-

rrera o Quintero los tenía su padre Juan B. Herrera, su único vigilante y protector desde la muerte de su madre Emma, en la casa donde él habitaba y ahí comían, aún en la casa donde vivió con su posterior manceba señora Inés Rojas y allí los tuvo hasta mucho después de haber resuelto casarse Juan con ésta, en el año de 1945 (julio 25), con el beneplácito y aquiescencia (sic) de ella, que sabía que eran hijos de su esposo y con ese carácter los trataba.

"e).—También veló Juan B. Herrera por la educación de los tantas veces nombrados Alfonso y Octavio, pues los matriculó en las escuelas públicas y privadas de Neiva y con su apellido figuraron siempre en los Libros de matrícula, costeándole a Alfonso que quiso estudiar, colegio, no sin que asimismo les hubiera enseñado su profesión de "Joyero", la cual fue aprendida con resultados por éste último, ya que de ella deriva su subsistencia.

"f).—Juan B. Herrera falleció el 23 de marzo pasado en el municipio de Carnicerías sin que hubiera testado, siendo de anotar aquí nuevamente, que dejó esposa: Inés Rojas y cuatro hijas: María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés, a las que reconoció como tales en el año de 1945, en que se casó con aquélla.

"g).—El juicio de sucesión del señor Juan B. Herrera se ventila en el Juzgado Segundo del Circuito Civil de Neiva y fue abierto por auto de siete de mayo pasado y ahí se adelanta, en cuyo auto se reconoció como herederas a sus hijas nombradas en el hecho anterior, y a su esposa Inés, el derecho a intervenir en el juicio de sucesión en su calidad de cónyuge sobreviviente".

"h).—El autor enumera en este hecho los bienes que dicen quedaron a la muerte del causante Juan B. Herrera.

"i).—Todos los bienes que han quedado relacionados están en poder de la demandada señora Inés Rojas v. de Herrera en su carácter de cónyuge sobreviviente y representante de sus menores hijas nombradas atrás, y ella disfruta de ellos, en la índole o condición dicha.

"j).—El señor Juan B. Herrera dejó como descendientes las cuatro hijas citadas anteriormente y que reconoció por escritura pública en julio de 1945 cuando se casó".

Corrido el traslado de la demanda, la parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, siendo de advertir desde ahora que fueron admitidos como ciertos los hechos f) y g) de la demanda: no se hizo alusión a los marcados con las letras i) y j).

Corrido el procedimiento de rigor el fallador de primera instancia desató la controversia en conformidad con las pretensiones del actor; y recurrido este fallo en alzada para ante el Tribunal Superior, esta entidad revocó el proveído de instancia y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. Son motivaciones fundamentales de la sentencia:

"De manera que no habiéndose demandado a la señora citada y a sus menores hijos, como representantes de la sucesión del señor Juan B. Herrera, a quien se consideraba como legítimo contradictor y presunto padre, sino que han dirigido su acción contra doña Inés y sus hijas, en su propio nombre, es evidente que han demandado a una persona diferente a al obligada como se ha dicho, ya que el titular responsable de las obligaciones que la ley impone como correlativas del derecho otorgado a los hijos para obtener el reconocimiento de la paternidad natural, son los herederos de la sucesión del señor Herrera como representantes de él, quienes deben asumir el papel de sujeto pasivo de la acción de filiación y además impetradas. En estas condiciones, el presupuesto procesal de legitimación en la causa de la parte demandada falla, lo que hace que la personería en este extremo, como sustantiva que es, por referirse al derecho mismo, sea ilegítima, y apareciendo esto así, débese entrar a reconocer este hecho como constitutivo de una excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, excepción que la Sala declara por medio del presente fallo, por medio del artículo 343 del C. J., sin entrar a considerar el fondo de las peticiones incoadas en la demanda, absolviendo a dicha parte en su condición personal en que ha sido demandada".

La Casación

Cumplido en la Corte el trámite de rigor y una vez que tanto el recurrente como el opositor actuaron en legal forma, se procede a desatar el recurso.

El recurrente, expuestos los antecedentes del negocio, acusa la sentencia por la causal 1ª del art. 520 del C. J. "o sea por ser esa sentencia violatoria de la ley sustantiva —por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea— y funda el recurso en tres cargos:

Primer cargo

"Violación directa de la ley sustantiva por errores de hecho y de derecho, evidentes en los autos en la apreciación de la demanda, cargo que puntualizó al afirmar que hubo interpretación errónea del art. 343 del C. J., y violación de los artículos 401, 402, 403, 404 y 406 del C. C., en relación con el art. 7º de la ley 45 de 1936; y que al violar indirectamente, por errores de hecho y de derecho, en la apreciación de la demanda, el citado art. 343 del C. J., infringió por omisión, es decir, por dejar de aplicar al caso del pleito debiendo haberlos aplicado, los mentados artículos.

Al fundamentar el recurso el recurrente anota entre otras cosas: "El Tribunal de Neiva, entiende pues que la acción se dirigió contra los demandados Inés Rojas v. de Herrera, y sus menores hijas representadas por ella, en su propio nombre y que en consecuencia no se ha demandado a los representantes de la sucesión iliquida de Juan B. Herrera. Este es un error evidente, que aparece de manifiesto pues la estructura legal de la demanda ostenta unidad tan indivisible, tal es su trabazón, que dislocada una de sus partes, la demanda toda se hace incomprensible, como lo fue para el Tribunal sentenciador, que prescindió de considerar la demanda integralmente, estudiándola como un todo armónico, como una unidad.

Hace consistir los errores de hecho en la interpretación de la demanda en que ella "no armonizó la acción deducida con la petición segunda principal del libelo; en prescindir el Tribunal de establecer relación entre la acción deducida y la petición 3ª; en no haber tomado consideración de lo expuesto en el numeral f), ni haberle dado importancia a lo consignado en el numeral g), prescindiendo, al mismo tiempo de los hechos fundamentales consignados en las letras i) y j). Considera el recurrente que por estos errores de hecho en la apreciación de la demanda, el sentenciador incurrió en error de derecho al estimar que la acción fue dirigida contra los demandados en su propio nombre y no como representantes de la sucesión iliquida de Juan B. Herrera, violando, asimismo "el art. 471 del C. J., que le imponía la obligación al Tribunal de dictar las sentencias en consonancia con la demanda y demás pretensiones deducidas por las partes".

La Corte considera:

Es cierto que por impericia o descuido del profesional que tuvo a su cargo la factura de la demanda, la expresión literal contenida al designar la persona de los demandados, le dió base al Tribunal para declarar la excepción perentoria antes apuntada; pero el error del Tribunal, error "manifiesto" consistió en haber desintegrado los diversos elementos de la demanda, ora en sus mismos pedimentos, ya en los hechos que la sustentaban, para aceptar precisamente una proposición que desconoce el espíritu, la verdadera intención del actor al iniciar el juicio. Y esa verdadera intención se desprende sin ambigüedades, sin reticencias del contexto de la demanda: de la petición segunda en donde se advierte que los actores pretenden concurrir en la sucesión de su presunto padre natural "con la cónyuge sobreviviente, Inés Rojas v. de Herrera, y de sus menores hijas, por tener tanto derecho como éstas, a recoger la herencia del causante". Si la interpretación dada por el Tribunal a la demanda fuera exacta, no se comprende cómo los Herreras pretenden tener derecho a la sucesión de Juan B. Herrera, en concurrencia con los demandados si éstos no hubieran sido demandados en su condición de herederos.

De las letras f), g), i), y j) en cuyos hechos se anota paladinamente el carácter de herederas de Juan B. Herrera que tienen las personas demandadas; hechos que, como se anotó antes, fueron expresamente aceptados al contestar la demanda; es decir, se admitió que Inés Rojas v. de Herrera es la cónyuge sobreviviente y herederas sus hijas María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés y que ese carácter les fue reconocido en el sucesorio del causante.

Pero es menester hacer otra anotación: la parte demandada ha actuado en el juicio como representante de la sucesión de Herrera; nunca ha desconocido esa calidad sino que por el contrario la ha afirmado sin dubitaciones, como puede confrontarse, por ejemplo, en el poder que fue otorgado al Dr. Alberto Lozada, visible al folio 3 del cuad. 24 en donde se dice: "Representamos a la sucesión intestada de Juan B. Herrera, demandada en el juicio de que se trata...".

Y es el propio señor apoderado de la parte demandada quien se encargó de producir en el juicio (c. 19, fs. 16 y s. s.), la copia auténtica del auto de 7 de mayo de 1949 proferido por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva que entre otras cosas dice: "Se reconoce a María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés Herrera Rojas como herederas del causante Juan B. Herrera, en su

carácter de hijas legítimas, sin perjuicio de terceros: y a la señora Inés Rojas v. de Herrera, su derecho a intervenir en esa sucesión en su calidad de cónyuge sobreviviente...».

Quiere decir lo anterior que la Corte encuentra que el fallador de instancia incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda, en punto fundamental, como es el de la personería sustantiva de una de las partes, y, que como consecuencia del error violó las normas señaladas por el recurrente en este cargo, lo mismo que en el segundo, en donde partiendo de las mismas observaciones ya anotadas se acusa la sentencia por violación directa al dejar de aplicar al caso controvertido los artículos 4º, 8º, 12 y 18 de la ley 45 de 1936. Y esto en cuanto se refiere a la idoneidad jurídica de los herederos para ser demandados, como representantes de su causante, en el juicio en donde se impetra la declaración judicial de paternidad natural. Como consecuencia la causal prospera y la Corte debe proceder a dictar el fallo de instancia.

Fallo de instancia

Como se ha observado antes, además de que en autos obra la demostración de que en el sucesorio de Juan B. Herrera han sido tenidos como sus herederos los demandados a quienes representa su madre, doña Inés Rojas v. de Herrera, cónyuge sobreviviente, también fueron aducidas las respectivas copias de las actas de nacimiento, y del matrimonio de los nombrados Herrera y Rojas, verificado en Bogotá el 25 de julio de 1945, acto en el cual legitimaron a sus hijas María Helda, Angela, Lucía y Clara Inés.

El actor fundamenta su acción en las causales señaladas por el art. 4º de la ley 45 de 1936 y para el efecto trajo al juicio numerosas declaraciones y certificaciones cuyo tratamiento crítico es indispensable verificar.

Por lo que dice relación al motivo o numeral 4º, desde ahora debe declararse que él no tuvo adecuada demostración en los autos, como que el propio actor en los hechos fundamentales de la demanda demuestra vacilación e imprecisión, no solamente en cuanto a las modalidades esenciales de la causal, sino a la época en que dice haber tenido su iniciación las relaciones sexuales entre Herrera y la Quintero, cuando afirma: "Por los años de 1923 o principios de 1924 (sic)...". En numerosos fallos la Corte ha insistido en el carácter restricto que debe gobernar la apreciación y mérito de la prueba en todo lo que diga relación a los juicios de indagación de la paternidad natural, por la trascendencia privada, familiar y social que tienen estas providencias judiciales y de modo especial cuando al frente de la parte pasiva de la acción no se halla el legítimo contradictor sino sus herederos.

Así ha dicho la Corte: "El ordinal 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936 limita y subordina a dos circunstancias esenciales la declaración de paternidad natural con fundamento en esta causal: a la existencia de relaciones sexuales entre los presuntos padres con las características especiales de notoriedad y estabilidad; y a la vinculación de ésta, a límites temporales precisos, como punto de referencia al momento probable de la concepción, o sea, que a la ley no le basta la simple consideración de las relaciones sexuales, sino que ellas deben ser notorias y estables, y condicionadas a la fecha del nacimiento del hijo en relación con la época de su comienzo y de su cesación. De aquí que los hechos que deben ser motivo principal del debate probatorio en la investigación de la paternidad, con apoyo en esta causal, son aquellas dos circunstancias, sin cuya comprobación se hace imposible aplicar, por el juzgador, y por ministerio de la ley, la presunción que instituye en el ordinal 4º citado. Pues, si no se puede con certeza afirmar el estado de las relaciones sexuales con los caracteres de notoriedad y permanencia anotados, y desde o hasta cierta época, "la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída precisamente sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a la terminación".

Los demandantes nacieron, Alfonso, el 14 de julio de 1925 y Octavio el 29 de octubre del mismo año. Sobre esto debe haber un error en la copia de las partidas: en la demanda se afirmó que este nacimiento fue en 1926.

La prueba testimonial, casi en su integridad, fue producida extrajuicio; la referencia se hace sobre la que fue debidamente ratificada en el curso del presente negocio.

Sobre los hechos de la causal cuarta, hablan los siguientes testigos: Pedro Juan Perdomo C., en la parte pertinente dice: "En virtud de mi íntima amistad con el señor Juan B. Herrera, la cual se prolongó por todos los años de permanencia de él en esta ciudad, desde el año de 1918, me consta y puedo declarar, que con respecto a la paternidad del nombrado Juan B. Herrera con sus hijos Alfonso y Octavio, que fui testigo presencial de las relaciones sostenidas por el citado

Juan B., con la entonces señorita María Emma Quintero, pues por varias ocasiones los encuentros amorosos de los citados Herrera y Quintero tuvieron lugar en la tienda de grano que por entonces (1924) tenía yo en el lugar en donde hoy está la viuda del finado Luis Calderón".

José Enrique Rivera, dice: "Conocí de vista, trato y comunicación al señor Juan B. Herrera, por espacio de unos veinticinco años; y conocí también a la señora María Emma Quintero, durante ocho años más o menos y por este conocimiento que de ellos tuve me consta que tuvieron relaciones generales, estables y notorias hasta el punto de que dichas relaciones se hicieron bastante conocidas por parte del círculo de amigos que en esa época tenía el señor Juan B. Herrera. Igualmente es cierto y me consta que como fruto de estas relaciones amorosas sostenidas entre los nombrados Juan B. Herrera y María Emma Quintero, hubo dos hijos a quienes llamaron Alfonso y Octavio, habiendo muerto la madre de ellos cuando Octavio tenía pocos días de nacido". Este testigo repreguntado por el apoderado de la parte demandada, contesta: "Conocí a la señora María Emma Quintero por allá en el año de 1920, aproximadamente; y no puedo precisar el año, ni el tiempo de las relaciones amorosas de Herrera con la Quintero".

Belisario Rivera M., dice: "Durante bastante tiempo conocí tanto al señor Juan B. Herrera como también a la señora María Emma Quintero, y por estas circunstancias me consta que tuvieron relaciones generales, (sic) estables y notorias, pudiendo afirmar además, que este hecho fue de pública notoriedad entre los amigos del señor Herrera, quien nunca negó la existencia de sus relaciones con la citada señora María Emma Quintero, quien murió mucho tiempo antes de morir el señor Herrera. Por la amistad íntima que tuve con el señor Juan B. Herrera y por el conocimiento que tuve de sus relaciones con la señora María Emma Quintero, me consta que de esas relaciones hubo dos hijos a quienes pusieron por nombre Alfonso y Octavio...". Este testigo tampoco precisa la época en que se desarrollaron las relaciones de que da cuenta. Lo propio puede afirmarse de la testigo Esther Sánchez de Leyton.

Olimpo Ruiz, afirma que conoció personalmente a Herrera y a la Quintero y que ésta tuvo dos hijos de Herrera, que se llaman Alfonso y Octavio Herrera. Este testimonio es inaceptable por la misma razón.

David Herrera, dice entre otras cosas: "Fue público en esta ciudad el hecho de mantener relaciones, estables y notorias entre sí, los mentados Juan B. Herrera y María Emma Quintero. De este hecho nunca hizo misterio alguno el citado señor Juan B. Herrera. Es cierto, igualmente, que son los jóvenes Alfonso y Octavio Quintero Herrera (sic), habiendo muerto la madre de éstos cuando se hallaba de pocos días de nacido el joven de nombre Octavio".

Jesús Moya, dice: "Conocí de vista, trato y comunicación tanto al señor Juan B. Herrera, como también a la señora María Emma Quintero, al primero durante toda su vida, pues fuimos amigos desde niños y a la segunda por espacio de diez años y por esta circunstancia me di cuenta perfecta de que los nombrados Herrera y Quintero, tuvieron relaciones generales (sic), estables y notorias, constándome además, la mayor parte del progreso amoroso sostenido por Juan B. con María Emma, ya que en virtud de mi íntima amistad con Juan, fueron muchas las veces que lo acompañé a las visitas que éste le hizo a María Emma, y posteriormente supe por el mismo Juan que había logrado sacarse de la casa a María Emma, para que siguiera viviendo por su cuenta, como efectivamente sucedió, siendo muy creíble que el fruto de estas relaciones, fueran los jóvenes Alfonso y Octavio, máxime que el mismo Juan aseguraba que tales muchachos eran sus hijos. Como ya dije, en virtud del conocimiento que obtuve de las relaciones entre Juan B., y María Emma, puedo declarar que de esas relaciones nacieron a la vida los jóvenes Alfonso y Octavio...". Este testigo, que aparentemente dice mucho, no precisa la época en que tuvieron su ocurrencia las relaciones sexuales entre Herrera y la Quintero; ya se ha visto que tal demostración debe aparecer manifiesta en los autos; no basta que se afirme el hecho de las relaciones sexuales estables y de conocida notoriedad, sino 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".

Fácilmente se advierte de la transcripción hecha cómo la prueba que se ha anotado es notoriamente deficiente para acreditar la causal que se ha examinado.

Antes de entrar a hacer el análisis de las pruebas, sobre las cuales el actor pretende deducir la existencia de la posesión notoria de hijos naturales de los señores Alfonso y Octavio Herrera Quintero, conviene previamente hacer referencia

a las copias tomadas en el Juzgado 1º Penal Municipal de Neiva, referentes a una "declaración denuncio" rendida en Neiva el 4 de abril de 1939 y a la misma declaración del dicho Herrera que no es sino la transcripción de la pieza anterior y expuesta el 16 de octubre del mismo año. Se trata posiblemente de una investigación criminal en averiguación de un delito de hurto cometido por Octavio Quintero; pero allí Herrera le dá el carácter de hijo a aquél; el texto pertinente dice: "El jueves por la noche nos fuimos para función y ya cuando estábamos acostados salió mi hijo Octavio Quintero, y al salir le preguntó que para dónde iba y me dijo que a orinar. Al día siguiente al ir a tomar los pantalones noté que no estaban en el lugar en donde los había dejado y noté la falta de un peso... No le quise decir nada a mi citado hijo con el fin de evitar su fuga".

Este hecho fundamental que puede envolver un reconocimiento de la paternidad hecho por Herrera a favor de Octavio, no figuró entre los hechos principales de la demanda, ni su existencia puede deducirse siquiera del contexto de las expresiones del actor en aquella pieza. Si la traba judicial o relación jurídico-procesal se relaciona directamente con los hechos básicos que constituyen la causa petendi, ese hecho no expuesto en la demanda, no puede servirle de base al fallador al dictar sentencia.

Sobre esta afirmación es uniforme y múltiple la jurisprudencia de la Corte: "Dispone la ley que en el escrito o libelo de la demanda se haga con claridad y precisión una ordenada relación de los hechos en que el demandante funda sus pretensiones y que se expongan a la vez los fundamentos de derecho en que éstos se apoyan. Esto es, que, ante todo, se expongan las circunstancias que puntualicen y caractericen el asunto del litigio. A esos hechos aducidos en la demanda y a los que, con relación a ellos, haga valer el opositor en la contestación, es a los que han de referirse las probanzas, y a los que ha de ajustarse el estudio del juzgador para fundar su decisión. La Corte mantiene el principio, sustentado en varias sentencias, de que 'no es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda'; mas no ocurre lo mismo en cuanto a los fundamentos de derecho, simples conceptos con que el actor trata de ilustrar la cuestión planteada por él acerca de las disposiciones legales y los principios generales de derecho aplicables al caso, pues, en el campo del derecho, el juzgador no está vinculado por las citas y alegaciones de las partes". (Casación 22 de marzo de 1939. Pueden verse las siguientes jurisprudencias: 10 de julio de 1940, G. J., 1.966. Casación 2 de diciembre de 1941, G. J., Nº 1.981. Casación 16 de septiembre de 1950, G. J. 2.087. Casación junio 28 de 1952, G. J. número 2 116 y 2.117. Marzo 10 de 1951, G. J. 20-98).

Posesión notoria del estado de hijo natural

Dice el numeral 6º del art. 4º de la precitada ley 45: "La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento". El art. 7º de la misma ley dice que al caso de filiación natural se aplica, entre otros, el art. 398 que reza: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de sostener que los elementos integrantes de la posesión notoria, trato, fama y permanencia deben ser acreditados en forma irrefragable como lo dice la ley; que los testigos deben exponer al respecto las motivaciones concretas de sus apreciaciones personales y que hechos aislados o de carácter equívoco no pueden dar base para sostener la existencia de la posesión notoria de un estado civil como fuente de trascendentales derechos.

Se estudian las pruebas traídas como fundamento de esta causal:

José Macedonio Reinales. Principia anotando que conoció al señor Juan B. Herrera desde el año de 1934, de vista, trato y comunicación. Afirma que le consta que Herrera tuvo bajo su cuidado y custodia a Alfonso y Octavio Herrera "a quienes reconocía y trataba como hijos suyos y con tal carácter los presentaba a sus amigos y relacionados, nombrándolos con el apellido Herrera, ya que con este figuraba ante el público". Ite lata un hecho del cual se deduce que Herrera le daba a Octavio el título de hijo y agrega el declarante: "este detalle y algunos otros de los cuales fuí testigo me llevaron a la convicción de que el señor Juan B. Herrera tenía y reconocía a los jóvenes Alfonso y Octavio como a sus hijos".

Omar Perdomo.—Manifiesta que en el curso del año de 1942 "el señor Juan B. Herrera por medio

de un papel escrito de su puño y letra, autorizó la entrega de drogas (de la farmacia Granada de propiedad de Perdomo y Avilés, anota la declaración) para sus hijos Alfonso y Octavio, haciendo constar los nombres de éstos como sus hijos".

Eduardo Rodríguez.—Declara que desde el año de 1935, conoció a Juan B. Herrera; que fue empleado suyo en un taller de joyería que tenía Herrera en Neiva y que por esto le consta "que manejaba bajo su cuidado y custodia a los jóvenes Alfonso y Octavio Herrera, a quienes el señor Juan B. Herrera reconocía y trataba como a sus hijos y con tal carácter los presentaba a sus amigos y relacionados, constándome también que acostumbraba a nombrarlos con su apellido ya que con ese figuraban ante el público. Afirma que como empleado le consta también que Herrera sostuvo a Alfonso y a Octavio en las escuelas y colegios de Neiva "y aún en Bogotá, pues Alfonso estuvo en la citada ciudad en el colegio del señor Francisco Díaz. Además, puedo declarar, dice el testigo, que yo les dí alimentación por algún tiempo a los citados jóvenes Alfonso y Octavio y este servicio me fue pagado por el señor Juan B. Herrera, quien atendía a los citados jóvenes como padre que decía ser de ellos...".

Luis Felipe Quintero.— Manifiesta que siendo Jefe del Gabinete de identificación de Neiva, Herrera le dirigió cartas y papeles recomendándole a Octavio y a Alfonso para que los colocara como detectives y que personalmente estuvo Herrera en su despacho con Octavio, recomendándoselo como hijo suyo. Y dice el testigo: "...puedo declarar que en conversaciones personales y más o menos íntimas que tuve con el extinto Juan B. Herrera, me dí cuenta que él sostenía y cuidaba de los nombrados Alfonso y Octavio Herrera Quintero, como a sus hijos, a quienes deseaba proporcionarles el modo de vivir, ya fuera colocándolos en puestos públicos ó facilitándoles recurso para cualquier actividad en el comercio, hechos éstos que dejaron en mí la impresión clara de que los tantas veces nombrados Alfonso y Octavio, eran sus hijos".

José Enrique Rivera.—Afirma "que desde la muerte de María Emma Quintero, el señor Juan B. Herrera tomó y siguió atendiendo a la subsistencia, vestido y educación de los nombrados Alfonso y Octavio como padre que decía ser de ellos.... Esto me consta en virtud de que el señor Juan B Herrera como mi amigo que era, me relataba la mayor parte de las circunstancias de sus amoríos con María Emma".

Belisario Rivera.—Hace las mismas aseveraciones de los testigos anteriores y de manera especial anota este hecho, del cual dá también fe el testigo Jesús Moya que adelante se comentará: "Cuando hubo necesidad de que los hijos de Jesús Moya y un sobrino mío de nombre Gustavo hicieran su primera comunión, también hubo de hacerla el joven Alfonso, y en esa ocasión, Juan B. Herrera quiso que para que la amistad que existía entre él y nosotros la conservaran también nuestros hijos, la fiesta debía hacerse en conjunto como en realidad se hizo".

Jesús Moya.—Afirma que conoció de vista, trato y comunicación a Juan B. Herrera como también a la señora María Emma Quintero, al primero durante toda su vida, pues fueron amigos desde niños. Da cuenta de que Herrera proveía a la subsistencia vestido y educación de los nombrados Alfonso y Octavio y dice: "En cuanto a la paternidad del señor Herrera Juan B., con respecto a los jóvenes Alfonso y Octavio, puedo declarar que tal hecho es innegable, ya que en muchas ocasiones se manifestó muy interesado por la educación de ellos y por ello matriculó en el colegio del Padre Olaya, en esta ciudad, al joven Alfonso en compañía de mis hijos Jesús María, Aníbal y Humberto Moya Rivera. Posteriormente cuando tanto los jóvenes Alfonso y Octavio estuvieron en capacidad de hacer su primera comunión, lo mismo que mis nombrados hijos, Juan B., se interesó especialmente porque éste acto se celebrara en mi casa, con asistencia de todos, para que la amistad sostenida entre Juan B. y yo, tuviera su continuación por parte de nuestros hijos". Hace otras anotaciones de las cuales se puede deducir la veracidad del deponente.

Gustavo Díaz.—Declara como director que fue de la escuela urbana de San Pedro en Neiva, que en el año de 1942 tuvo como alumno al joven Octavio Herrera "hijo de Juan B. Herrera, joyero de profesión y con residencia en El Altico, hecho éste que está claramente consignado en los libros de matrículas y registro escolar correspondiente al año citado, libros que yo llevaba como director que fuí de dicha escuela"; más adelante agrega: "me consta que cuando el niño Octavio Herrera estuvo en la Escuela de Varones de San Pedro en el año de 1942, el señor Juan B. Herre-

ra me preguntó a mí como director de la escuela por el buen manejo y aprovechamiento de su hijo Octavio...".

Agapito Soto.—Este testigo da cuenta de que en las ocasiones en que iba con el finado Juan B. Herrera "a ver ganados gordos para comprárselos yo, en algunas de esas veces, llevaba Juan B. a Alfonso y Octavio Herrera en su compañía, muchas veces me dijo que esos muchachos, Alfonso y Octavio Herrera eran hijos suyos...": relata otros hechos de los cuales infiere la paternidad de Juan B. Herrera y concluye diciendo: "También sé y puedo declarar sobre algunos detalles que no es el caso enumerar porque considero que no me los han preguntado, ni hay para que decirlos".

Antonio Lozano.—Este testigo da cuenta de varios negocios, arrendamientos, compras de ganado que tuvo con Juan B. Herrera desde 1933 a 1945 y dice literalmente: "Me conocí con Juan B. Herrera desde mi tierna infancia, es decir, desde hace alrededor de treinta años, tuve amistad con él, negocios y compañías en ganados. Por tal conocimiento me consta que efectivamente Juan B. Herrera reconocía a Alfonso y Octavio Herrera como a sus hijos: creo que por este motivo vivían juntos y Juan B. atendía a la subsistencia y educación de estos muchachos a quienes los hacía figurar con su apellido Herrera, y a mí que era su amigo de verdad, me presentó personalmente a Alfonso y Octavio como a sus hijos. Por lo demás yo pudiera decir que como hombre honrado y trabajador que soy, que son muchos los detalles y hechos relacionados directamente con sus hijos Octavio y Alfonso: por ejemplo..." El declarante da cuenta de hechos de los cuales lógicamente infiere la afirmación de paternidad.

Por último, obran en autos varios certificados con los cuales se amerita que Herrera matriculó a Octavio en algunos colegios de Neiva en los años de 1934, 35, 36, 38 y 42. Alguno de esos documentos fue tachado de falso por el apoderado de los demandados; la tacha no le prosperó y el Tribunal Superior de Neiva, por providencia que es ley del proceso, declaró la autenticidad de la certificación. En autos aparece la declaración del Reverendo Padre Jenaro Díaz Jordán, en que ratifica la certificación que expidió en el sentido de exponer que Octavio Herrera fue matriculado por Juan B. Los varios testigos citados, y otros que aparecen en el proceso y que por no hacer demasiado largo este fallo no se comentan, inequívocamente dan cuenta de que les consta que Juan B. Herrera proveía a la educación de sus hijos: en forma, pues, que las certificaciones a que se alude se reciben únicamente como comprobación de ese hecho.

Para el fallador se encuentra plenamente comprobada la causal quinta del art. 4º de la ley 45 de 1936, como que las circunstancias específicas a que alude el art. 6º ibidem tienen amplia demostración al través de las declaraciones que se han citado y dejan la convicción plena de que Alfonso y Octavio son hijos naturales del extinto Juan B. Herrera: esa fama pública, ese trato continuo a que aluden los declarantes no tienen otra explicación distinta, sino la vinculación de la sangre que urgía a Juan B., para que tratara a Octavio y a Alfonso como a sus hijos prodigándoles los cuidados que impone esa vinculación.

Y los dichos testimonios han permanecido vigentes sin que ninguna tacha comprobada se hubiera ofrecido contra ellos, que resistieron razonablemente el contrainterrogatorio formulado hábilmente por el señor apoderado de la parte demandada. Pero es que hay situaciones de hecho de tan clara notoriedad que es imposible tratar de ocultar o de negar: y la prueba testimonial, que es preciso recibir con gran reserva, en el caso presente se ofrece clara, sencilla y lógica. No se alcanza a ver en ella una sombra siquiera de mala fe: un ánimo por lo menos culposo de hacer afirmaciones distintas de la verdad.

Si como se dijo antes, la prueba resultante del memorial-denuncio presentado por Juan B. Herrera no puede tenerse en cuenta como generadora específica de un reconocimiento de la filiación natural, sí, en cambio, esa prueba contribuye a robustecer lo que se ha analizado en cuanto ella demuestra esa filiación por la causal 5ª del art. 4º de la ley 45 de 1936.

En cuanto hace referencia al fallo del juzgado del circuito él puede resumirse en dos declaraciones, porque según lo que aparece de autos, el juicio de sucesión de Juan B. Herrera se encuentra en trámite para verificar la partición de bienes: todavía pueden los hijos naturales intervenir allí para que se haga el debido reconocimiento y se les tenga en cuenta en la liquidación y adjudicación patrimonial de acuerdo con la ley, teniendo de presente las compensaciones a que haya lugar. En el proceso no está acreditado que esa sucesión se hubiera ya liquidado y que los herederos se encuentren en posesión de los bienes como

cuerpo cierto. Como consecuencia debe revocarse el numeral 3º del fallo para que se proceda en consonancia con lo anteriormente dicho.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el treinta de julio de mil novecientos cincuenta y tres, que ha sido objeto de este recurso y en su lugar falla:

1º—Declárase que Alfonso Herrera o Quintero y Octavio Herrera o Quintero, mayores de edad y vecinos del Municipio de Neiva, son hijos naturales del señor Juan B. Herrera, vecino que fue del Municipio de Neiva, fallecido en el Municipio de Carnicerías el 23 de marzo de 1949.

2º—Como consecuencia de la declaración anterior los nombrados Octavio y Alfonso gozan de todos los derechos que la ley les concede en su carácter de hijos naturales del prenombrado Juan B. Herrera.

3º—Revócase el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Costas de la instancia a cargo del demandado (Art. 2º D. E., 243 de 1951, numeral 3º). Sin costas en el recurso de casación.

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

Ignacio Gómez Posse. — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre. — Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL SEXTA DE CASACION NO PUEDE TRATARSE LO RELACIONADO CON LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE UNA DE LAS PARTES

Tanto el numeral 6º del artículo 520 del C. J., como el 2º del artículo 448 ib., se refieren a la personería adjetiva del que ha obrado en el juicio como representante de alguna de las partes, no a la personería sustantiva de cualquiera de ellas, porque la segunda toca con la cuestión de fondo, que no implica validez o nulidad de carácter procesal, sino procedencia o improcedencia, prosperidad o fracaso de la acción misma intentada.

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

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

La señora Carmen Emilia Zapata v. de Vélez, quien había perdido a su marido Eduardo Vélez el 30 de enero de 1946, trabó relaciones amorosas en 1947 con Luis Angel Moncada, quien logró de la primera se fuera a llevar vida de casados con él en la casa principal de la finca "Damasco", de propiedad de Moncada, donde permanecieron unos cinco meses. Después vivieron en un apartamento que tomaron en arrendamiento a la señora Paulina Vanegas, en Viterbo.

Allí dio a luz Carmen Emilia, el 3 de febrero de 1948, dos niñas mellizas, Gladis y Relma de las cuales la última falleció.

A fines de 1948 Moncada, su amante y la niña Gladis se trasladaron a Pereira, donde vivieron en una habitación que les arrendó Miguel Grajales. Allí nacieron otras dos mellizas el 22 de marzo de 1949, a quienes bautizaron con los nombres de Cecilia y Luz Mery.

Posteriormente Moncada, Carmen Emilia y las tres niñas ocuparon una habitación que les arrendó Jesús Murillo. Después vivieron todos en una casa que tomaron como arrendatarios a Filomena Franco.

Hallándose en esta última vivienda, Moncada viajó a visitar su finca de "Damasco" el 28 de enero de 1951, y ese día fue asesinado.

Como único sucesor de calidad preestablecido, no quedó al fallecimiento de Luis Angel Moncada, sino su padre legítimo Juan de la Cruz Moncada.

En estas circunstancias, Carmen Emilia, madre natural de las prenombradas niñas propuso el juicio de filiación paterna de ellas para obtener que se declarara lo siguiente:

"1º—Que las niñas Gladis, Luz Mery y Cecilia Zapata o Moncada, bautizada la primera en Viterbo y las dos últimas en Pereira, son hijas naturales del extinto señor Luis Angel Moncada Cardona.

"2º—Que las niñas Gladis, Luz Mery y Cecilia Zapata o Moncada, en su calidad de hijas naturales del causante Luis Angel Moncada, tienen derecho para recibir en la sucesión de éste, en concurrencia con el padre legítimo del causante el demandado Juan de la Cruz Moncada y sin perjuicio de terceras personas y con beneficio de inventarios y por cabezas, la parte de bienes que les pueda corresponder de los inventarios en el juicio de sucesión.

"3º—Que las niñas Luz Mery, Gladis y Cecilia Zapata o Moncada, y el señor Juan de la Cruz Moncada, tienen derecho para recibir en el juicio de sucesión de Luis Angel Moncada, las tres primeras en calidad de hijas naturales y el último en calidad de padre legítimo, cada uno la cuarta parte de los bienes dejados por el causante.

"4º—Que si para el momento de ejecutoriarse la sentencia que se dicte en este juicio, se hubiere terminado el juicio de sucesión del finado Luis Angel Moncada, el señor Juan de la Cruz Moncada, en calidad de heredero adjudicatario de los bienes, debe restituirles a las tres niñas Luz Mery, Cecilia y Gladis Zapata o Moncada, las tres cuartas partes de los bienes que hubiere recibido en la sucesión expresada.

"5º—Que el demandado Juan de la Cruz Moncada, debe pagar las costas del presente juicio si se opone".

El Juez de primera instancia, que lo fue el Civil de Circuito de Anserma, falló así:

"**Primero.**—No se declara probada la excepción propuesta por el Dr. Luis Edo. Quinceno apoderado del demandado, bajo el título de "**Inexistencia de la obligación**", por las razones expuestas en la parte motiva.

"**Segundo.** Declárase que las niñas Gladis, Cecilia y Luz Mery Zapata, nacidas la primera en Viterbo, el 9 de febrero de 1948, y las dos últimas (mellizas) en Pereira, el 28 de mayo de 1949, **son hijas naturales** del extinto Luis Angel Moncada Cardona, fallecido el 28 de enero de 1951, según la partida de defunción expedida en la Notaría Primera del circuito de Pereira.

"**Tercero.**—Declárase que las niñas Gladis, Luz Mery y Cecilia Zapata, en su calidad reconocida tienen derecho para recibir en la sucesión de Luis Angel Moncada, en concurrencia con el padre legítimo del causante Moncada, la parte de bienes que les pueda corresponder en los inventarios de la dicha sucesión.

"**Cuarto.**— No se hacen las declaraciones pedidas por el Dr. Otoniel Pardo, apoderado de la actora Carmen Emilia Zapata v. de Vélez, en los numerales 3º y 4º de la demanda de fecha 18 de julio de 1952.

"**Quinto.**—Condénase en costas al demandado Juan de la Cruz Moncada".

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior de Manizales la confirmó por fallo de 22 de septiembre de 1954, "en lo que fue materia del recurso".

Esta advertencia se explica porque el Juez rechazó la petición de herencia consecuencial de la de filiación, por estimar improcedente el ejercicio simultáneo de las dos acciones. El parecer del Tribunal es, con plena razón, contrario a esa tesis, pero no entró a rectificarla porque la parte demandante se conformó con el fallo de primera instancia.

Al proceso se trajeron y el Tribunal apreció múltiples elementos probatorios de los diversos medios que la ley indica para fundamentar y declarar la filiación natural: posesión notoria del estado civil por parte de las tres niñas prenombradas, relaciones sexuales estables y notorias entre la madre de aquéllas y Luis Angel Moncada y reconocimiento inequívoco de paternidad en escrito firmado por el último.

En cuanto a la posesión notoria, se halló perfecta la demostración, con hechos indiscutibles que la patentizan: el permanente tratamiento de hijas que Moncada le daba a las niñas, su consagración a las mismas en todo sentido, viviendo con ellas, alimentándolas, vistiéndolas, presentándolas y tratándolas como tales hijas ante todos, inclusive ante el padre legítimo de Luis Angel, señor Juan de la Cruz Moncada, quien de modo expreso, en memorial presentado en el juicio de sucesión de Luis Angel (f. 11 cuad. Nº 2), reconoció que las niñas Gladys, Luz Mery y Cecilia (a quienes llama sus nietas) son hijas naturales de Luis Angel y de Carmen Emilia Zapata v. de Vélez, por haberlas procreado durante la vida en común que llevaron como si fueran casados.

Pero esa posesión notoria, con ser tan completa, no pudo estimarse como demostrativa **legalmente** de la calidad de hijas, por no haber alcanzado a cubrir el lapso de 10 años que la ley exige.

Las relaciones sexuales notorias y estables entre la madre de las niñas y Luis Angel Moncada las encontró bien probadas el Tribunal, por la cohabitación permanente de los dos en viviendas conseguidas por él, su comportamiento con ella, etc., pero aunque la prueba se remonta en el pasado a una época anterior al nacimiento de Gladys (3 de febrero de 1948), no señala con precisión la fecha inicial que corresponda al término mínimo de 180 días de anterioridad a la fecha preindicada.

Con respecto a las niñas Cecilia y Luz Mery, no hay duda de que, habiendo nacido el 22 de marzo de 1949, como las relaciones sexuales de que se trata sí existían desde antes de nacer Gladys, el Tribunal consideró que tales relaciones sí respaldaban la filiación de las últimas mellizas.

Pero ante todo, el Tribunal halla plenamente demostrado el caso 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que dice:

"3º—Si existe carta u otro escrito **cualquiera** del pretendido padre, que contenga una confesión de paternidad".

El escrito aducido en este proceso es la solicitud que Luis Ángel Moncada hizo a la compañía Suramericana de Seguros (Agencia de Pereira) para que le expidiera una póliza de seguro de vida, con la designación de sus tres hijas Gladys, Cecilia y Luz Mery como beneficiarias.

El escrito en referencia, cuyo original fue exa-

minado por el Juez, en asocio de peritos y con audiencia del demandado Juan de la Cruz Moncada, se agregó en copia formal al expediente. El contrato de seguro se perfeccionó y a la muerte de Luis Angel el monto de aquél se pagó a las niñas beneficiarias, reconocidas por el causante como sus hijas naturales.

La precedente reseña sobre las cuestiones de fondo contempladas en el debate judicial, la hace la Corte por vía simplemente informativa, para que quien lea este fallo pueda apreciar globalmente el asunto, más no como examen de cargo alguno tocante a dichos aspectos, pues aunque la sentencia del Tribunal fue recurrida en casación por la parte demandada, vale observar desde ahora que el recurrente no intenta siquiera formular acusación contra ninguna de las cuestiones sustanciales o de fondo que se han enunciado, sino que endereza su ataque por un flanco de índole puramente procesal, aunque revestido con la apariencia de violación de leyes sustantivas, como se verá en seguida.

EL RECURSO

Cuarto cargo

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales reclama la consideración en primer término el cuarto, por venir apoyado en la causal 6ª de casación, que se relaciona con la validez o nulidad del proceso, pues la impugnación consiste en que la demanda se dirigió contra la sucesión de Luis Angel Moncada y no personalmente contra Juan de la Cruz Moncada padre y heredero de aquél, aunque Juan de la Cruz sí fue llamado y actuó en el juicio como representante de dicha sucesión.

Como el recurrente respalda el cargo en la consideración de que se ha incurrido en el motivo de nulidad previsto en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial, hay que ver cuál es o puede ser la índole del vicio alegado, y si en realidad existe.

La Corte considera:

Tanto el numeral 6º del artículo 520, como el 2º del artículo 448, se refieren a la personería adjetiva del que ha obrado en el juicio como representante de alguna de las partes, no a la personería sustantiva de cualquiera de ellas, porque la segunda toca con la cuestión de fondo, que no implica validez o nulidad de carácter procesal, sino procedencia o improcedencia, prosperidad o fracaso de la acción misma intentada.

Ahora bien, en este debate se ofrecen tres hipótesis:

La parte demandada es exclusivamente la sucesión de Luis Angel Moncada? Estuvo bien representada por el heredero reconocido Juan de Jesús Moncada, padre legítimo del causante. Otra cosa será si la sucesión debe responder sustantivamente o no.

Si la demanda se dirigió contra la sucesión y contra el heredero, tampoco hay problema, porque el segundo se representaba a sí mismo y a la primera; y

Si la demanda se enderezó contra el heredero únicamente, tampoco se presenta dificultad, porque dicha calidad de heredero está demostrada.

Y como, de un modo u otro, en el caso de este juicio el Sr. Juan de Jesús Moncada, cuya personería es indiscutible para actuar en nombre de la sucesión de su hijo o en propio nombre, actuó sin reparo ni reclamo alguno en este proceso, no hay lugar a nulidad procesal, ni ésta es la hora en que pudiera alegarla.

Por tanto, el cargo se rechaza.

Primer cargo

Está planteado así: "Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia de haber violado directamente, por falta de aplicación, el art. 26 de la Constitución Nacional, el 73 del Código Civil, el 205, el 230 y el 737 del Código Judicial".

Las pretendidas violaciones directas se hacen consistir en que el juicio no se siguió personalmente contra Juan de la Cruz Moncada, como padre y único heredero de Luis Angel Moncada, sino contra la sucesión de éste, entidad que no es persona representada por aquél, en la calidad dicha.

En primer lugar, la Corte estima que no obstante haber designado a la sucesión como demandada, también se indicó como tal al expresado Juan de Jesús. Esto aparece del propio texto de la demanda, cuya petición 5ª está concebida así: "5º—Que el demandado Juan de la Cruz Moncada debe pagar las costas del presente juicio si se opone".

En la cuarta petición ya se había dicho que si el juicio de sucesión ya se hubiere terminado, "el señor Juan de la Cruz Moncada, en calidad de heredero adjudicatorio de los bienes, debe resti-

tuirles a las tres niñas Luz Mery, Cecilia y Gladys Zapata o Moncada, las tres cuartas partes de los bienes que hubiere recibido en la sucesión expresada".

Después de las peticiones se añade:

"Para la notificación de la demanda al demandado señor Juan de la Cruz Moncada, le pido al señor Juez comisionar a los jueces municipales de Risaralda y Viterbo...".

"Le pido comisión para los dos jueces, porque el demandado reside unas veces en uno y otras veces en otro de dichos Municipios".

De que la demanda no sea un modelo de perfección formal y que hubiera podido aclararse por iniciativa del Juez (art. 738 del C. J.), del mismo demandante (art. 208) o de la parte demandada (arts. 330 y 333), pero admitida como lo fue sin reparo de nadie, concurriendo como efectivamente concurrió al juicio el heredero declarado del pretenso padre natural de las niñas, el juicio se tramitó con todas las formas propias de él, contra quien debía responder; y si, llevando los reparos al mayor extremo del formulismo, se sostuviera que el debate no se llevó con el legítimo contradictor en la acción de filiación, ha debido acusarse el fallo como violatorio de los preceptos que definen y señalan a tal contradictor, pero no los artículos citados por el recurrente.

Por tanto, se considera infundado el cargo que se examina.

Segundo cargo

En este capítulo acusa la sentencia el recurrente por violación **indirecta** de los mismos preceptos citados en el anterior, con apoyo en idénticas razones, de las cuales deduce que el Tribunal incurrió en un error manifiesto al interpretar la demanda en el siguiente pasaje del fallo:

"Debe la Sala examinar en primer término, ya que el asunto ha sido expresamente planteado por la parte demandada tanto en la primera instancia como en la presente, si la ley le concede en el presente caso a la parte actora la acción de filiación propuesta por ella, y si, de otro lado, dicha acción podía ser promovida contra los herederos del presunto padre. Es decir, que debe examinarse ante todo la cuestión de la **legitimatio ad causam** tanto activa como pasiva".

Con pie en este pasaje, razona así el recurrente:

"Es, pues, claro que el Tribunal entendió que la acción debía ser promovida contra los herederos del presunto padre y desde el momento en que falló en el fondo fue porque consideró que efectivamente la acción había sido promovida contra tales herederos en contraposición manifiesta con los términos claros y precisos de la demanda en que se llama a responder pasivamente a la sucesión y no a los herederos.

"El error es manifiesto puesto que cuando se designa en la demanda a una persona natural como representante del demandado, no se está demandando a esa persona natural sino a quien se dice representa".

El reparo carece de fundamento por las razones expuestas al examinar el cargo precedente, que demuestran, por lo menos, que, en caso de error, éste no puede calificarse de manifiesto.

Pero sún estimando lo contrario, ese error no habría violado las disposiciones citadas en la acusación, sino las relacionadas con el legítimo contradictor en la controversia sobre filiación, y el recurrente no las indicó ni formuló el cargo por tal motivo.

En tal virtud, la Corte lo rechaza.

Tercer cargo

Se hace consistir en violación de los mismos artículos e indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, con base en las observaciones formuladas en los demás cargos: haberle dado curso y haber atendido la demanda de filiación contra la sucesión del pretenso padre y no contra el heredero personalmente.

Ya se vió que la acción sí se enderezó contra el heredero mismo, quién estuvo a derecho en toda la secuela del juicio. Entender lo contrario sería ponerse en pugna con la realidad, como se puso en esa situación, que no es posible cohonestar, el abogado que contestó la demanda inicial del juicio y negó categóricamente todos los hechos referentes a la filiación de que se trata, el 6 de septiembre de 1952, (f. 38 cuad. 1º), cuando su poderdante, en memorial de 5 de febrero de 1951 (f. 11 cuad. 2º), los había reconocido todos, reconocimiento que el apoderado no podía ignorar. Los jueces, y principalmente las altas autoridades judiciales, reclaman, de los abogados, en honor de la moral profesional, lealtad en los debates.

Por último, de haberse violado algún precepto del estatuto sobre filiación, no sería el artículo 4º de la ley 45 que simplemente indica los medios de demostración de la paternidad, sino las

normas sobre legítimo contradictor, que el recurrente no indica como violadas.

En fin, llama la atención la circunstancia, muy elocuente en favor de la justicia de la causa por parte de las menores demandantes, que en la casación no se ha insinuado el más leve cargo contra la filiación de que se trata, ni contra ninguna de las pruebas aducidas, sino el flaco reparo carente de razón de no haberse demandado a Juan de la Cruz Moncada como heredero sino como representante de la sucesión.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo. En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL ERROR COMUN COMO FUENTE DE DERECHO. — VALIDEZ DE UNA ESCRITURA CUYA MATRIZ NO FUE FIRMADA POR EL NOTARIO

1—Cuando se trata de estabilizar una situación contraria a la ley, es posible tomar en consideración sólo el llamado error común, o sea el error invencible en que de buena fe han incurrido, no una persona, sino las varias que han intervenido en la ejecución de un acto jurídico, así como gran número de terceros: sólo en este caso surge la necesidad de dar protección, contra la rígida aplicación de un texto legal, a quienes de buena fe han incidido en error. Cuando son muchas las víctimas del error, hay de por medio un interés público al cual es preciso atender; se ha creado en tal caso una apariencia en la cual han confiado legítimamente numerosas personas y es necesario entonces que esa apariencia prevalezca sobre la realidad; así la máxima de que se trata ha sido considerada, con razón, como un aspecto de la teoría de la apariencia, consagrada en varios textos legales.

2—La jurisprudencia nacional, lo mismo que la extranjera, ha decidido, en numerosas ocasiones, que el error común permite la validación de actos que, sin él, serían nulos, como los autorizados por notario que carece de las condiciones exigidas por la ley para el ejercicio del cargo, o cuyo nombramiento adolece de algún vicio, o que ejerce públicamente las respectivas funciones sin haber sido legalmente nombrado o después de haber sido destituido.

3—Aunque a la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS requiere extrema prudencia en su aplicación, como que constituye una excepción a la teoría de la nulidad, es lo cierto también que debe admitirse cuando con ello no se vulnera ningún interés legítimo ni se causa perjuicio; así, por ejemplo, cuando se invoca respecto de una regla de forma cuya omisión inculpable no ha causado perjuicio alguno a la persona contra la cual se aduce; o cuando quien exige la aplicación rigurosa de la ley sólo pretende obtener con ello un beneficio ilegítimo, esto es, sacar provecho del error en que una de las partes, o ambas, han incurrido de buena fe y sin culpa.

4—Demuestran error común claramente excusable, que permite tener como válida una escritura aunque la matriz no aparezca firmada por el notario, el hecho de que en el protocolo de la misma notaría quedaran varias escrituras en las mismas condiciones y de que el notario entregara copia debidamente autenticada de la respectiva escritura. Porque si es cierto que los otorgantes deben cuidar de que la escritura quede firmada por el notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto de esta circunstancia cuando el mismo notario les entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia, firmada por el funcionario, da éste fe de que el original está firmado por él.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido por Carmen Lalinde de Gaviria contra Carlos Flórez y otros.

Antecedentes

1.—Carlos, María e Isabel Flórez y Filomena Flórez de Ruiz eran dueños, en común, de un inmueble situado en Medellín, distinguido con el número 50-55 de la carrera 45.

2.—En Carta fechada en Medellín el 28 de agosto de 1945, dirigida por Carlos Flórez a José Antonio Gaviria, esposo de Carmen Lalinde de Gaviria, se lee: "El suscrito y mis tres hermanas, dueños en mancomún de la casa situada en la carrera 45, marcada con el número 50-55, de esta

ciudad, hemos estudiado con toda atención su apreciable propuesta para la compra de tal propiedad. Mis hermanas, basadas en magníficos conceptos de personas conocedoras como las que más en estos asuntos, afirman que esa propiedad no la pueden vender por el valor ofrecido. En atención al buen interés de Ud. en esa propiedad, le damos una opción por dos (2) días, o sea hasta el 30 de los corrientes a las 11 a. m., para celebrar el negocio en $ 29.000.00 libres. Estamos seguros de que la pequeña diferencia entre lo ofrecido por Ud., y lo solicitado por nosotros, no será inconveniente para que Ud. compre esta propiedad tan bien situada y con tan halagadoras perspectivas. No está por demás informarle, Sr. Gaviria, que esa propiedad siempre la hemos estimado en mayor valor del que proponemos, pero hoy deseamos vender a un precio más halagador para el comprador. Apreciamos altamente su atención. Obsecuente servidor, Carlos Flórez". (C. 1º, f. 4).

3.—El 25 de septiembre de 1945, Carlos, María, e Isabel Flórez, Filomena Flórez de Ruiz y José Antonio Gaviria aprobaron una minuta para una escritura pública de venta del referido inmueble, de los cuatro primeramente nombrados a Carmen Lalinde de Gaviria, por la suma de $ 28.500.00 (Ib., ff. 5 y 6)

4.—De conformidad con la minuta que se ha mencionado, el día 27 de septiembre de 1945 se extendió en la Notaría 1ª de Medellín una escritura, la número 4058, de venta de los citados Flórez a Carmen Lalinde de Gaviria.

5.—Copia autenticada de dicha escritura le fue entregada a la compradora. Consta además que dicha copia fue registrada en la oficina correspondiente (Ib., ff. 2 y 3), libro número primero y matrícula de 19 de octubre de 1945.

6.—Los vendedores recibieron el precio estipulado y a Carmen Lalinde de Gaviria se le hizo entrega material de la cosa comprada.

7.—Muerto José Antonio Gaviria, el bien raíz de que se trata fue inventariado en el juicio de sucesión como perteneciente a la sociedad conyugal y adjudicado a Carmen Lalinde de Gaviria.

8.—Varios años después, Carmen Lalinde de Gaviria tuvo conocimiento de que el original de la escritura 4058 de 1945 de la Notaría Primera de Medellín no aparecía firmada por el notario Pedro A. Gallego, muerto algunos meses después de otorgada tal escritura. Se dirigió entonces a Carlos Flórez, uno de los vendedores, para pedirle que él y sus hermanas corrigieran la referida informalidad. Contestó Flórez que él estaba dispuesto a hacerlo, pero no así sus hermanas, quienes aducían en apoyo de su negativa razones de orden legal y moral (Ib., f. 8).

La demanda

Carmen Lalinde de Gaviria, en demanda contra Carlos e Isabel Flórez, Filomena Flórez de Ruiz y la sucesión de María Flórez, presentada al Juez del Circuito de Medellín, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Es válida, en todas sus partes, la escritura número cuatro mil cincuenta y ocho (4058), de veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), otorgada en la Notaría Primera (1ª), de este Circuito, no obstante haberse quedado sin la firma del Notario, por muerte de éste y sin culpa de las partes contratantes.

"Copia de esta declaratoria se insertará al margen del original de esta escritura, previo registro.

"**Segunda.**—Subsidiariamente, para el caso de que no se haga la declaración anterior, que los demandados Flórez G., Flórez de Ruiz y María Lía Josefina Ruiz de Flórez, representada por su padre, están en la obligación, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, o en el término que en ella se les señale, de repetir la escritura a que alude la petición anterior, o de otorgar una, en los mismos términos de aquélla, o de ratificar dicha escritura 4.058, citada, por los motivos dichos en la petición anterior.

"Si se hiciera esta declaración que se ordene copiarla al margen de la escritura 4058 citada, previo registro.

"**Tercera.**—Subsidiariamente, para el caso de que no se hiciere ninguna de las declaraciones anteriores, que la escritura número 4058, de 27 de septiembre de 1945, otorgada ante el Notario 1º de Medellín, valé como promesa de contrato; y, en consecuencia, los demandados procederán, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, o en el término que en ella se les señale, a cumplir o perfeccionar dicha promesa de contrato, con el otorgamiento de la presente escritura, en los términos de la número 4058 mencionada, sin exigir pago alguno por dicha ejecución.

"Para el caso de que se hiciere esta declaración, previo registro de la sentencia, se copiará la misma al margen de la escritura 4058 citada.

"**Cuarta.**—Subsidiariamente, para el caso de que no se haga ninguna de las declaraciones anteriores, que la señora Carmen Lalinde de Gaviria es dueña exclusiva de la propiedad descrita en el hecho 1º de los fundamentales de esta demanda, por haberla adquirido el 27 de septiembre de 1945 y declarándose su dominio en la partición verificada en la partición (sic) de José Antonio Gaviria y en la sentencia aprobatoria de esa partición.

"**Quinta.**—Que la sentencia que ponga fin a este juicio se registre en el Libro 1º de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín; y

"**Sexta.**—Que los demandados deben pagar las costas del juicio" (lb., f. 11 vto.).

Carlos Flórez no contestó la demanda. Los demás demandados sí lo hicieron, oponiéndose a las pretensiones en ella expuestas.

10.—La reconvención

Filomena Flórez de Ruiz e Isabel Flórez reconvinieron a Carmen Lalinde de Gaviria para que se aclarara:

"1º—Que el contrato por el cual Carlos, María, Isabel y Filomena Flórez dijeron vender a Carmen Lalinde una casa, consignada en la supuesta escritura pública número 4058 de 1945 que se dijo otorgada ante el Notario Primero de este Circuito es nulo y por tanto carece de valor y efecto.

"2º—Que es igualmente nula la escritura referida y por lo tanto las cosas deben volver a su estado anterior.

"3º—Que la sociedad conyugal disuelta y liquidada de José Antonio Gaviria y Carmen Lalinde debe devolver a Filomena Flórez de Ruiz, Isabel Flórez de Castaño, Carlos Flórez G. y Marta Lía Flórez como heredera ésta de la señorita María Flórez, el inmueble descrito en el numeral primero de la parte petitoria de la demanda con sus frutos naturales y civiles.

"En subsidio solicitamos que el contrato consignado en la supuesta escritura 4058, es decir aquella por la cual los señores Flórez dijeron vender a la señora Carmen Lalinde una casa de habitación en esta ciudad, es inexistente y por tanto, las cosas deben volver al estado anterior, o sea que la señora Carmen Lalinde debe restituir el inmueble determinado en el numeral primero de la parte petitoria de esta demanda a los supuestos vendedores con sus frutos naturales y civiles y a su turno éstos devolver el precio a aquélla.

"La señora Carmen Lalinde debe responder como heredera testamentaria y como representante de la sociedad conyugal que formó con el señor José Antonio Gaviria" (lb., f. 44).

11.—Tramitada la instancia, el Juzgado decidió:

"**Primero.**—No se accede a las peticiones formuladas por la señora Carmen Lalinde v. de Gaviria;

"**Segundo.**—Se declaran no probadas las excepciones propuestas contra la demanda de reconvención;

"**Tercero.**—No se hacen las declaraciones pedidas en la contrademanda suscrita por Filomena e Isabel Flórez G.; y

"No hay costas".

12.—El Tribunal Superior de Medellín, instado para conocer de la apelación interpuesta por ambas partes y luego de cumplir la tramitación correspondiente, resolvió:

"El Tribunal, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales primero y segundo de la providencia apelada y **reforma** el tercero de la misma, en el sentido de declarar inexistente el contrato contenido en la informal escritura Nº 4058 de 27 de septiembre de 1945, extendida en la Notaría Primera del Circuito de Medellín, y nula esta escritura. Sin costas" (f. 15 vto., del cuaderno correspondiente).

La sentencia acusada

Dice, en resumen: a), que la escritura a que se refiere el juicio es nula por falta de la firma del notario, conforme al artículo 2595 del Código Civil; b), que no es posible acceder a la primera petición subsidiaria de la demanda principal porque no se trata de una promesa de venta celebrada conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 153 de 1887; c), que no es posible declarar dueña a la demandante principal, ya que la escritura 4058 de 1945 es nula; d), que debe accederse a las peticiones primera y segunda de la contrademanda; no así a la tercera, porque los

contrademandantes no comprobaron el elemento esencial de la acción reivindicatoria.

14.—La escritura 4058 de 1945

En relación con ella consta:

a) En el acta de la inspección ocular efectuada por el Tribunal se lee: "Con vista a la escritura número 4058 de 27 de septiembre de 1945, protocolizada, se observó que carece de la firma del Notario, y tiene las de los vendedores Carlos Flórez, María Flórez, Isabel Flórez y Filomena Flórez de Ruiz, y la de Carmen Lalinde como compradora, y además por Eladio Escobar y Enrique Almazán A., como testigos. El representante de la actora, doctor Jaime González Ochoa, presente, dejó constancia de las observaciones hechas, y que la copia de la escritura mencionada traída al juicio, si estaba firmada por el Notario que la otorgó, Dr. Pedro A. Gallego T., y debidamente registrada. A petición de los peritos, se les concedió un término de hasta quince días para dictaminar...".

b) El perito Enrique Almazán, en dictamen al cual adhirió el perito Rafael A. Osorio, expone:

"Me parece oportuno manifestar desde ahora que todas las escrituras de septiembre de 1945 que están en el mismo tomo de que hace parte la número 4058, de 27 de septiembre de 1945, o sea la examinada, están sin firma del Notario, no obstante que en todas ellas se lee: ante mí, Pedro A. Gallego T., Notario 1º, etc. Tal tomo contiene los originales de las escrituras números 3.882 a 4.110 de septiembre de 1945, o sean 230 escrituras, entre las que está, repito, la examinada el día de la inspección ocular".

Después de mencionar las escrituras 4111 a 4999, no firmadas por el Notario, concluye:

"Hasta aquí tenemos que examiné 340 escrituras sin la firma del Dr. Pedro A. Gallego. Como el trabajo iba resultando harto dispendioso, me abstuve de tomar más números y fechas; pero pude cerciorarme que de la escritura número 3882, de septiembre de 1945, hacia atrás, existen no menos de 100 escrituras, otorgadas ante el Dr. Gallego, y a las que les falta la firma de éste.

"Por haber sido yo empleado de esa Notaría, o por haber trabajado allí, en el período en que actuó como Notario el Dr. Pedro A. Gallego T., por los informes que al respecto me han suministrado otros empleados del Dr. Gallego, como Eladio Escobar y Teresita Agudelo, estoy en capacidad de afirmar que de todas las escrituras que aparecen sin firma se daba copia a los interesados, autenticada por el Dr. Gallego y con el sello de la Notaría.

"Lo anterior pudiera explicarse por la razón de que el Dr. Gallego, muerto el 30 de diciembre de 1945, estuvo en los últimos meses de ese año muy decaído y enfermo, casi no iba a la Notaría, y en las pocas veces que lo hacía, podía vérsele doblegado sobre su escritorio y absolutamente inactivo. En la Notaría no firmaba escrituras. Ordenó que se las llevaran a la casa y casi siempre las devolvía sin firma, porque manifestaba que no podía firmar. La razón para que firmara las copias creo yo que obedeció al hecho de que los copistas, para poder ganarse los derechos por las copias, urgían al Dr. Gallego para que firmara tales copias. Así lo constaté muchas veces, pues tuve intervención directa sobre el particular.

"Agrego que realicé investigaciones minuciosas en la Oficina de Registro, que me permiten afirmar que las escrituras sin firma de que he hablado, fueron registradas.

"La escritura materia de este litigio hace parte del grueso bloque de escrituras que se otorgaron en esa Notaría en las postrimerías de 1945, que se extienden, con algunas excepciones, de la escritura número 3882 a la 4500, sin que éstas sean las únicas que se quedaron sin firma".

c) Las aseveraciones contenidas en la última parte del dictamen pericial aparecen confirmadas con las declaraciones de Teresa Agudelo y Eladio Escobar, empleados que fueron de la Notaría primera en la época en que se extendió la escritura a que se refiere el juicio.

La primera expuso: "Es cierto que desde el mes de agosto (u octubre) de mil novecientos cuarenta y cinco, el doctor Gallego dejó de asistir a la Notaría, y por tal motivo se le enviaban a la casa los originales de las escrituras para su firma; en esa época, o mejor en ese tiempo que estuvo firmando en su casa se acumularon muchas escrituras las cuales quedaron a la muerte del Dr. sin su firma, no porque faltara ningún requisito, sino porque se mantenía muy fatigado, según manifestaciones de su esposa. d) Es muy cierto que se entregaron muchas de las escrituras a las cuales les faltó firma en su original o protocolo, pero debido a que se le pasaban los originales con sus copias para los interesados; el Dr. firmaba con prelación las copias, diciendo que le quedaba más tiempo para firmar el protocolo. Debido a esto, es que ha habido reclamos en este sentido".

Escobar declaró: "Es cierto que a fines de 1945, cuando el doctor Gallego se retiró a su casa por su enfermedad, se le enviaban las escrituras y copias para que él las firmara. Sé que a su muerte ocurrida en diciembre de 1945 quedaron muchas escrituras sin firma del doctor Gallego, debido a que los copistas hacían aparecer la escritura o copia como firmada, pero el doctor Gallego muchas veces no lo hacía, por cualquier circunstancia".

15.—La casación

Con base en la causal primera, formula el recurrente, contra el fallo, los siguientes cargos:

Primero: violación de los siguientes artículos del Código Civil: 6º y 2595, por errónea interpretación; 1740, 1741, 1759, 2595 y 6º, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas; y 1495, 1502, 1517, 1518, 1857, 1880, 740; 756, 762 y 768, por falta de aplicación.

Dice, en resumen, el recurrente: a), que con la aplicación inflexible del artículo 2595, el sentenciador creyó solucionar un problema jurídico de la mayor entidad, que lleva envueltas trascendentales cuestiones de orden moral, social y económico; b), que en los contratos solemnes la intervención del Estado se expresa con el concurso de dos funcionarios, notario y registrador de instrumentos públicos, mediante las actuaciones sucesivas de que dan cuenta los artículos 2577 a 2597, 2599 a 2604, 2657 a 2670; c), que el artículo 2595 se refiere a la escritura que queda en el protocolo, no a la copia de tal escritura, que tiene el carácter de prueba conforme a los artículos 1759, 1765, 2675, 2673 del Código Civil, 630 y 636 del Código Judicial; una irregularidad comprobada del original no produce necesariamente la invalidez de la copia; tan evidente es esto que puede no existir el protocolo y la copia suple la falta (artículo 630 C. J.); d), que el valor probatorio de la copia autenticada no puede ser desconocido so pena de incurrir el sentenciador en error de hecho por haberla ignorado o de derecho si la tuvo en cuenta y no le atribuyó el mérito que le corresponde; e), que la inscripción de la escritura en la oficina de registro no puede ser desconocida, según los artículos 2637 a 2675; las causales de nulidad del registro son diferentes de las de las escrituras (artículos 2684 y 2685 del Código Civil); f), que la invalidez establecida en el artículo 2595 tiene que entenderse como una consecuencia de la falta de autenticidad, y que en el caso de que trata el juicio no hay duda ninguna sobre ésta; y g), que la sanción establecida en el artículo 2595 no debe recaer sobre las partes, que no faltaron al cumplimiento de la ley y que no tienen por qué sufrir las consecuencias de la conducta culpable de un notario.

Segundo: violación de los artículos 1758 y 2595 del Código Civil por errónea interpretación y aplicación indebidas, y 6º de la misma obra, por falta de aplicación. El recurrente, después de transcribir las partes pertinentes de varios fallos en que la Corte ha señalado las consecuencias de la máxima **error communis facit jus**, expone:

"Difícilmente y ni aun buscándolo de propósito en la realidad de las situaciones jurídicas podría encontrarse un caso de tan extraordinaria coincidencia entre las palabras de los autores y las soluciones de nuestra jurisprudencia con el que ocupa ahora la atención de los señores magistrados. La simple lectura del expediente conduce sin vacilaciones a la entera convicción de que en esta causa se conjugan todos y cada uno de los factores que integran la figura jurídica de la buena fe fundada en la apariencia como fuente de los derechos civiles; y por lo tanto, ningún litigio como éste reclama con más propiedad y justicia la aplicación de los principios ya expuestos. La buena fe con que la actora procedió a ajustar el contrato, el sometimiento de su parte y de los vendedores a las formalidades impuestas por la ley, la ninguna culpa en que el notario dejara de suscribir el original de la escritura cuya validez se controvierte en el juicio, y la circunstancia de haberse repetido la omisión en más de cuatrocientas (400) escrituras públicas son todos presupuestos indiscutibles de que existió en ese acto una apariencia engañosa, causante de un error generalizado e inevitable no sólo por mi mandante sino por las numerosas personas que también incurrieron en él. Todos estos elementos de juicio que el proceso aporta, y porque no es único el caso en que mi mandante se ha visto colocado, sino muchos los instrumentos que quedaron sin firma por haber sido otorgados cuando ya el notario estaba en su lecho de muerte, no pueden ser desconocidos para cometer la tremenda injusticia de proferir un mandamiento anulatorio, o para denegar la convalidación del acto jurídico realizado conforme a lo pedido en la demanda sino que por el contrario, por encima y en contra de la regla abstracta contenida en el artículo 2595 del Código Civil, los princi-

pios que estoy invocando tienen preferente imperio para conciliar intereses respetables que de otra manera tendrían gravísimo quebranto con la protección legal a que es acreedor todo acto ajustado de buena fe".

"No existiendo duda, fundada ni infundada, sobre la autenticidad del documento, cómo no va a ser viable la acción petitoria de que se subsane, por mandato judicial, la omisión de una formalidad que no afecta, como se ha dicho tantas veces, la autenticidad de lo escrito y firmado por los otorgantes, ni hace oscura o controvertible la realidad de las estipulaciones que se acordaron y aun se ejecutaron?".

Tercero: violación de las siguientes disposiciones: artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 2º de la ley 50 de 1936, y 2595 del Código Civil; los tres primeros por falta de aplicación, y el último por incorrecta aplicación.

"Es demasiado sabido —expresa el recurrente— que para demandar y obtener la nulidad de los actos o contratos se requiere que en el actor exista un interés legítimo: esto es, un interés protegido por la ley en forma que de no pronunciarse la invalidación se menoscabe o sacrifique un derecho. Mas ocurre que en la acción de reconvención propuesta contra mi mandante no existe interés legitimante alguno, como expresamente lo exige el artículo 2º de la referida ley, pues sería absurdo y aberrante entender por tal el aprovechamiento malicioso e indebido de una circunstancia fortuita y extraña —como fue el descuido del notario al dejar de firmar el instrumento público de que tanto se ha hablado— para incumplir con este pretexto la buena fe empeñada en la celebración y ejecución de un contrato libremente acordado entre personas capaces, exento de todo vicio del consentimiento y sin ilicitud de ningún género en la causa o en el objeto".

Cuarto: violación de las siguientes disposiciones: artículos 1760 y 2595 del Código Civil, por indebida aplicación; 1º de la ley 66 de 1945 y 8º de la ley 153 de 1887, por no aplicación; violación en que incurre el Tribunal al no acceder a la primera petición subsidiaria de la demanda principal, arts. 89 de la ley 153 de 1887, 1551, 1880 y 1882 del Código Civil, por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo, para acceder a la petición segunda subsidiaria de la demanda; y artículos 762, 763, 765 y 768 del Código Civil, por no haberlos aplicado siendo aplicables para ordenar lo pedido en la tercera petición subsidiaria de la demanda.

16.—La Corte considera:

A) En relación con el error común invocado por el recurrente:

1) Que aplicar la máxima **error communis facit jus** es atribuirle validez a una situación de hecho ilegal: de tal suerte que, en realidad, la aplicación de dicha máxima constituye una excepción al principio de la fuerza obligatoria de la ley;

2) Que una situación de hecho, no conforme a la ley, sólo puede mantenerse cuando así lo exija el interés público, esto es, cuando sea absolutamente necesario dar protección a la seguridad social: sólo en atención a graves consideraciones de orden público puede llegar a excusarse la inobservancia de disposiciones legales imperativas;

3) Que el simple error individual, contemplado en la ley como vicio del consentimiento susceptible de producir la nulidad del contrato, no es suficiente para validar el quebrantamiento de una norma legal;

4) Que la buena fe goza de beneficios señalados en la ley, principalmente en lo que respecta a la percepción de frutos y a la adquisición del dominio por prescripción; pero que la buena fe, por sí sola, no puede excusar la aplicación estricta de reglas legales;

5) Que, según lo expuesto, cuando se trata de estabilizar una situación contraria a la ley, sólo es posible tomar en consideración el llamado error común, o sea el error invencible en que de buena fe han incurrido, no una persona, sino las varias que han intervenido en la ejecución de un acto jurídico, así como gran número de terceros: sólo en este caso surge la necesidad de dar protección, contra la rígida aplicación de un texto legal, a quienes de buena fe han incidido en error;

6) Que cuando son muchas las víctimas del error, hay de por medio un interés público al cual es preciso atender; se ha creado en tal caso una apariencia en la cual han confiado legítimamente numerosas personas y es necesario entonces que esa apariencia prevalezca sobre la realidad; así, la máxima de que se trata ha sido considerada, con razón, como un aspecto de la teoría de la apariencia, consagrada en varios textos legales;

7) Que elevadas consideraciones de orden so-

cial exigen que no se sacrifiquen intereses legítimos por causa de irregularidades, cometidas por funcionarios, que los particulares no estaban en posibilidad de prever ni de evitar;

8) Que es necesario considerar como inevitable y excusable el error colectivo que se funda en actos emanados de la propia autoridad pública, como quiera que los ciudadanos pueden razonablemente tener por verdadero lo que ha sido tenido como tal por los propios funcionarios.

9) Que la jurisprudencia nacional, lo mismo que la extranjera, ha decidido en numerosas ocasiones que el error común permite la validación de actos que, sin él, serían nulos, como los autorizados por notario que carece de las condiciones exigidas por la ley para el ejercicio del cargo, o cuyo nombramiento adolece de algún vicio, o que ejerce públicamente las respectivas funciones sin haber sido legalmente nombrado o después de haber sido destituido. Así, en fallo de 23 de mayo de 1942, expresó esta corporación: "No resulta, por lo demás, impertinente como consideración final del estudio de este cargo subsidiario, infundado como los otros, la advertencia de que procedería aducir en defensa de la solución del Tribunal la teoría protectora de derechos nacidos al amparo de la buena fe por un error común generalizado en todo el vecindario por un lapso bien dilatado, en que se creyó que Dionisio Montecino tenía la calidad de registrador de instrumentos públicos y privados en el Circuito de Tamalameque, como que ejercía públicamente dicho cargo. La buena fe de los terceros, creada y protegida por el error colectivo, como la continuidad indispensable del servicio público, haría respetable, aun en el caso de que estuviera demostrado que Montecino ejerció de hecho la registraduría como funcionario aparente, la conclusión que sobre el particular acogió la sentencia acusada".

10) Que hay casos como los que acaban de citarse, en los cuales una declaración judicial de nulidad tendría consecuencias extraordinariamente más graves que las que puedan producirse al reconocer eficacia a situaciones no estrictamente ajustadas a la ley. Con razón esta corporación se abstuvo, en fallo de 13 de julio de 1942, de declarar la nulidad de una inscripción en una oficina de registro que carecía de firma autógrafa del registrador y en la cual sólo se encontraba un sello o facsímil que dicho registrador declaró haber sido puesto por él, según costumbre que existía en esa oficina. No se aplicó en esa ocasión, en forma rigurosa, la disposición del artículo 2664 del Código Civil; y para obrar así, expresó la Corte que "colocada en frente de la realidad que arroja este proceso, debe adoptar un criterio interpretativo amplio y no ocasionar un grave trastorno social en aquella región con una interpretación rígida y estrecha del texto legal invocado sobre todo cuanto aparece alcanzado el objetivo primordial de la ley, que es asegurar la autenticidad de ese acto y conservarle la confianza que le otorga la fe pública".

11) Que es necesario aclarar que a la máxima de que se habla no se le debe atribuir un alcance que no le corresponde: su aplicación puede conducir, en un caso determinado, al desconocimiento de un texto legal, pero en ningún caso puede tener la referida máxima la virtud de derogar ese texto. Se ha dicho por esto, con razón, que el llamado error común crea no un derecho objetivo sino simplemente derechos subjetivos;

12) Que si es cierto que la referida máxima requiere extrema prudencia en su aplicación como que constituye una excepción a la teoría de la nulidad, es lo cierto también que debe admitirse cuando con ello no se vulnera ningún interés legítimo ni se acusa un perjuicio; así, por ejemplo, cuando se invoca respecto de una regla de forma cuya omisión inculpable no ha causado perjuicio ninguno a la persona contra la cual se aduce; o cuando quien exige la aplicación rigurosa de la ley sólo pretende obtener con ello un beneficio ilegítimo, esto es, sacar provecho del error en que una de las partes, o ambas, han incurrido de buena fe y sin culpa;

13) Que la máxima no aparece consagrada, en términos generales, en ninguna disposición legal, pero que el error común sí está previsto en varios textos del Código Civil, de que son ejemplos los artículos 109, 786, 1069 y 1084 de dicha obra, textos que constituyen aplicaciones, a casos concretos, de un principio general; y

14) Que esta corporación ha expuesto la teoría del error común y ha precisado su alcance en varios fallos, como los de 20 de marzo de 1936, 23 de mayo de 1942, 27 de julio de 1945 y 3 de junio de 1952. Se confirma ahora la doctrina conforme a la cual "la máxima **error communis facit jus** requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando alguno de estos elementos jurídicamente esen-

ciales, el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención".

B) En lo que respecta al caso de que trata la sentencia acusada:

1) Que cuando los contratantes firman una escritura pública dejan cumplidas las obligaciones que les corresponden en lo concerniente a la observancia de las formalidades exigidas por la ley; pueden ellas, razonablemente confiar en que el funcionario a quien la ley le deposite la fe pública dará cumplimiento, por su parte, a los deberes que le incumben;

2) Que las partes deben presumir que el depositario de la fe pública ejerce su cargo con arreglo a la ley; cuando acuden a él no tienen por qué indagar previamente si reúne las condiciones legales y las cualidades intelectuales y morales que se requieren para el cabal desempeño de las funciones que le están encomendadas;

3) Que no es esencial para la validez de una escritura que el notario firme el original inmediatamente que esté firmado por los otorgantes y en presencia de ellos; ya ha dicho esta corporación que la tardanza del notario en firmar no constituye causal de nulidad (G. J., tomo LXI, p. 55);

4) Que una vez firmada la escritura por las partes interesadas no puede el notario abstenerse de firmar, excepto el caso de que exista algún obstáculo de orden legal o de que las propias partes así lo soliciten;

5) Que si cierto que los otorgantes deben cuidar de que la escritura quede firmada por el notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto de esta circunstancia cuando el mismo notario les entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia, firmada por el funcionario, da éste fe de que el original está firmado por él;

6) Que los otorgantes de la escritura pública a que se refiere el juicio, al creer que la matriz estaba firmada por el notario, incurrieron, de buena fe, en un error claramente excusable, según lo expuesto, error en que también cayeron los otorgantes de más de cuatrocientas escrituras que quedaron sin la firma del notario en el protocolo de la misma notaría;

7) Que en el error de que se habla no sólo incurrieron los otorgantes de las referidas escrituras, sino también los propios funcionarios; el notario, que expidió copia autenticada de la escritura y dió fe de que el original estaba firmado por él, el registrador de instrumentos públicos, que inscribió tal copia en el libro correspondiente, y el juez del circuito, que, al practicar visita en la notaría como ha debido hacerlo en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 40 de 1932, no se percató de que muchas escrituras públicas carecían de la firma del notario;

8) Que los otorgantes de las mencionadas escrituras no podían suponer razonablemente que el deplorable funcionamiento de un servicio público llegara a extremos que no es exagerado calificar de inverosímiles y que la inconsciencia de un depositario de la fe pública pudiera producir el resultado de dejar sin firma, en el protocolo, cerca de cuatrocientas escrituras;

9) Que el error en que incurrieron los otorgantes de la citada escritura pública era tan explicable que de la omisión sólo tuvieron conocimiento varios años después de extendida tal escritura (hechos de la demanda principal posiciones de los demandados, ff. 29 y ss., C. Nº 2);

10) Que si el notario se abstuvo de firmar el original de la escritura a que se refiere el juicio, ello no se debió a la existencia de un obstáculo legal sino simplemente a la manera extraordinariamente defectuosa como funcionaba la notaría;

11) Que, como ya lo ha expresado esta corporación, las formalidades de que trata el artículo 2595 del Código Civil tienden principalmente a asegurar la autenticidad de las escrituras; y que en el caso de que trata el juicio, ese objetivo de la ley quedó cumplido como quiera que la autenticidad, o sea el hecho de haberse realmente otorgado la escritura, es inducable: primero, porque así lo declaran los propios otorgantes; segundo, porque el mismo notario, al autorizar la copia con su firma, da fe de que la escritura se otorgó; y tercero, porque esa escritura, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2596 del Código Civil, se extendió de conformidad con minuta entregada por los contratantes y firmada por ellos. A lo que se agrega que al registrarse en la oficina correspondiente la copia autenticada expedida por el notario, se cumplió uno de los objetos de la inscripción de los instrumentos públicos, o sea el de "dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse, haciendo intervenir en su guarda y confección un mayor número de funcionarios y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos, títulos y documentos existiera en sólo una oficina" (artículo 2637, ord. 3º, del Código Civil);

12) Que en relación con determinados actos exige la ley el cumplimiento de solemnidades con el fin principal de proteger los intereses de las partes, asegurando la seriedad y firmeza del consentimiento, lo mismo que los intereses de terceros; y que en el caso de que trata el juicio tales finalidades quedaron cumplidas: consta que las partes discutieron libremente las estipulaciones del contrato, expresaron su voluntad en forma que no admite duda, cumplieron con la obligación de otorgar escritura pública que, si quedó con un vicio, no fue en manera alguna imputable a ellas: por otra parte, respecto de terceros, se cumplieron las formalidades de publicidad correspondientes por medio del registro en la respectiva oficina;

13) Que, por lo dicho, los intereses tanto de las partes como de los terceros quedaron debidamente salvaguardiados, sin que el vicio de forma en la escritura produjera ningún perjuicio, ni a aquéllas ni a éstos;

14) Que en el caso de que se trata, el darle validez a una situación de hecho no ajustada a la ley no implica lesión de ningún interés digno de ser protegido, ningún perjuicio produce: sólo se trata de darle valor a la voluntad real de las partes respecto de la cual no existe la menor duda;

15) Que la parte demandada, al dar respuesta a la demanda, expresó que tenía razones de orden moral para oponerse a las pretensiones en ella contenidas, pero es lo cierto que ninguna prueba adujo al respecto;

16) Que cuando las partes, como ocurre en el presente caso, han acordado con absoluta libertad las condiciones del contrato, cuando han dado ejecución a las obligaciones correspondientes, cuando la declaración de nulidad no tiene por fin la protección de un interés legítimo, cuando la formalidad omitida interesa principalmente a una de las partes, en este caso a la compradora, sin que la omisión cause perjuicio a la otra, la alegación, por parte de ésta, del vicio de forma es incompatible con la buena fe, presupuesto esencial de las acciones judiciales;

17) Que, como se ha visto, aparece demostrada la existencia de un error colectivo, excusable e inevitable, exento de culpa y en el cual incurrieron los otorgantes de la escritura sobre la cual se litiga, lo mismo que numerosas personas, con perfecta buena fe; y

18) Que, en consecuencia, prospera el cargo de violación de los artículos 6º y 2595 del Código Civil, por indebida aplicación, y el fallo acusado debe casarse.

17.—Lo expuesto sirve de fundamento al fallo de instancia que corresponde a la Corte proferir.

18.—Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º—Casar la sentencia acusada;

2º—Revocar la de primera instancia;

3º—Declarar válida en todas sus partes la escritura número 4058 de 1945, otorgada en la Notaría primera del Circuito de Medellín el día 27 de septiembre. Copia de esta declaración se insertará al margen del original de esa escritura, previo registro;

4º—Denegar las peticiones de la demanda de reconvención; y

5º—No condenar en costas, ni de las instancias ni del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al Tribunal de Medellín.

Alberto Zuleta Angel. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. — Luis F. Latorre U. — Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — NO ANULA LO ACTUADO LA OMISION, EN LA DEMANDA, DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS POSEEDORES DE UNA FINCA, CUANDO ELLOS NO LO SON DE CUOTA EN UN TERRENO PROINDIVISO Y HAN SIDO CONDENADOS A DEVOLVER LOTES DETERMINADOS Y NO CUOTA DE UN BIEN

1.—Si los demandados en acción reivindicatoria no son poseedores de cuota en terreno proindiviso ni han sido condenados a devolver cuota de un bien, sino que cada demandado aparece como poseedor de un lote, delimitado por linderos; la omisión en la demanda de uno o de varios de los poseedores de parte de la finca, no ocasiona la nulidad de lo actuado.

2.—La Corte ha dicho: "El comunero puede actuar en todo aquello que traiga beneficio a dicha comunidad por cualquier concepto que lo haga. Si así no fuera, podría suceder que por no poderse reclamar por ninguno de los comuneros la cosa común, pudiera desaparecer en perjuicio de todos".

3.—En lo atañedero a la posesión, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella, pues así se desprende de los artículos 214 y 215 del Código Judicial. Y ello no solamente en el caso de que de manera explícita se afirme el hecho de ser poseedor el demandado, sino también en la ocurrencia de que la parte actora no afirme de modo expreso que el demandado es el poseedor.

4.—Debe desecharse en casación el cargo consistente en errónea apreciación de las pruebas al aceptar como demostrado un hecho sin estarlo, si ello no aparece de modo evidente, esto es, no se trata de un error manifiesto, pues la casación no es una tercera instancia, sino un estudio de la sentencia a la luz de la ley y no un debate probatorio.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe resolver la Corte lo que estime legal sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado de algunos de los demandados contra la sentencia de 4 de mayo de 1954, dictada por el Tribunal Superior de Tunja.

Por medio de esta sentencia revoca el Tribunal la de primera instancia y, en su lugar, condena a Pedro Aldana, Angel María Castañeda, José Hilario Castañeda, Belisario García y treinta y seis personas más, o sea, en total, cuarenta, "a restituir a la comunidad dueña del terreno determinado en la demanda, los lotes que respectivamente poseen", y que se determinan por sus linderos, lotes que están comprendidos dentro de la hacienda de San Cayetano (cuyos linderos generales se describen), ubicada en los Municipios de Almeida y Ubalá, al pago de los frutos que los respectivos lotes hayan producido, a partir de la notificación de la demanda, y al pago de las costas del juicio, pero no accedió a condenar al pago del "valor de los perjuicios causados por los desmontes y explotaciones de bosques" hechos por los demandados.

ANTECEDENTES

Celedonio Guatavita Rodríguez, Eliécer Gutiérrez, Virgilio Calderón Alvarado, Tulio Antonio y Virgilio Calderón Romero, José de la Cruz Sánchez, Cesáreo Antonio Castañeda y José Resurrección Conferras, "en su calidad de comuneros propietarios de la hacienda de 'San Cayetano'... y para dicha comunidad", demandaron por la vía ordinaria a las personas arriba designadas, para que se hicieran las declaraciones y condenas que se resumen en seguida:

a) Que los predios o lotes de terreno que se determinan en la demanda son de propiedad de la comunidad dueña de la hacienda de San Cayetano, representada aquí por los demandantes.

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, deben entregar a los actores y para la comunidad mencionada, los lotes que se reivindican.

c) Que están obligados a pagar el valor de los frutos naturales y civiles que los predios hayan podido producir, a partir de la notificación de la demanda.

d) Que están obligados a pagar el valor de los perjuicios causados por los desmontes y explotación de bosques hechos por los demandados.

e) Finalmente, que son de cargo de los demandados las costas del juicio. (Fls. 16 y ss. del c. 1).

El Juzgado de primera instancia, que lo fue el del Circuito de Guateque, absolvió a los demandados, porque estimó que el derecho de dominio proindiviso sobre la hacienda de San Cayetano aparecía acreditado únicamente por los comuneros Celedonio Guatavita Rodríguez y José Resurrección Contreras, pero no por los otros; (fls. 115 y ss. ibidem).

El Tribunal, en cambio, hizo en la sentencia de que se habló al principio las declaraciones y condenas enunciadas.

DEMANDA DE CASACION

El apoderado de algunos de los demandados invoca dos causales de casación, de las previstas en el artículo 520 del Código Judicial, o sea, la sexta y la primera.

La sexta, por haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del mentado código.

Y la primera, por dos motivos: por error en la apreciación de las pruebas; y por haber violado los artículos 343 y 333 del Código Judicial, pues algunos demandados no son poseedores, sino meros tenedores o arrendatarios y, así, ha debido reconocerse la excepción perentoria de inepta demanda que aparece demostrada.

PRIMER CARGO.—Se funda en la causal sexta de casación, o sea, por haberse incurrido en nulidad por la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (ordinal 3º del artículo 448 del C. J.).

Después de nombrar a los demandados, dice el recurrente que todos fueron notificados, menos Daniel Chitiva, que no fue citado legalmente a comparecer en juicio, debiendo haberlo sido: "los demandantes son los mismos y una misma la causa jurídica, o sea, el derecho de dominio que se alega, en forma de copropiedad, con base en un mismo título, el acto de partición que creó la dicha comunidad"; por tanto, no podía omitirse la citación del mentado Chitiva, supuesto que la parte demandada es "un conjunto de personas" que hacía indispensable "la notificación de todas ellas".

Concluye el recurrente diciendo que la sentencia no puede tener fuerza de obligatoriedad contra todos los demandados, pues se violaría la estabilidad de la cosa juzgada (artículo 473 del C. J.). Además se desconoce el derecho consagrado en el artículo 762 del Código Civil, al ordenarles a los poseedores que si fueron legalmente notificados de la demanda la entrega del inmueble que se reivindica, quienes no han podido defenderse eficazmente en el juicio por no haber sido citados a él todos los demandados.

Se considera:

En el estudio del cargo se principia por admitir que Daniel Chitiva no figura como demandado en el proceso y, por tanto, el fallo no puede afectarlo. En efecto, su nombre fue tachado en la demanda como actor (f. 16), tachadura que se hizo valer antes de la firma de la misma (f. 23 v.).

Pero los demandados no figuran como miembros de una comunidad, ni unidos por ningún vínculo que los haga solidarios, sino como sujetos pasivos singulares de la acción reivindicatoria, desligados los unos de los otros. Cada demandado aparece como poseedor de un lote, delimitado por linderos, de suerte que, como lo dice el Tribunal, "de hecho, se ejercitan tantas acciones cuantos son los demandados, desde el momento en que cada uno de ellos está poseyendo un determinado lote de terreno distinto del de los otros, y puede allegar medios de defensa y títulos completamente distintos de los que alegue o puedan alegar los otros poseedores".

Los actores sí figuran como miembros de una comunidad, son comuneros, pues en el juicio de sucesión del señor Guillermo Bernal Ospina "se hicieron adjudicaciones de cuota sobre la hacienda de San Cayetano que se pretende reivindicar". Pero cosa distinta sucede, se repite, con los demandados, pues ellos no son poseedores de cuotas en la citada hacienda, sino de cuerpos ciertos, delimitados por linderos que en la demanda y en la sentencia se describen.

En efecto, se pide en la demanda que se declare "que los predios o lotes que se determinan en el hecho primero, en sus distintos numerales..., son de propiedad de la comunidad dueña de la hacienda de 'San Cayetano' y en el hecho primero se determinan y alinderan cincuenta y dos lotes que poseen separadamente cada uno de los demandados, cuyos nombres se dan, con excepción de José Antonio Ros, de quien se dice que posee dos lotes, que también se

alinderan por separado. Y en la sentencia se expresa en la parte resolutiva que se condena "a los siguientes demandados a restituir a la comunidad dueña del terreno determinado en la demanda los lotes que respectivamente poseen, a saber", para en seguida dar los nombres de cada demandado y la demarcación del lote o lotes que deben entregar, señalados por sus respectivos linderos.

No siendo los demandados poseedores de cuota en un terreno proindiviso al habiendo sido condenados a devolver cuota de un bien, la omisión de uno o de varios de los poseedores de parte de la finca de San Cayetano, más concretamente, la omisión del mentado Chitiva, así como la de otros cuatro que igualmente fueron excluidos (y de los que no habla la demanda de casación), no ocasiona la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, el cargo no prospera y debe rechazarse como, en efecto, se rechaza.

SEGUNDO CARGO.—Se funda en la causal primera de casación y la enuncia el recurrente diciendo que el Tribunal incurrió "en error de hecho en la apreciación de las pruebas" y violó, así, los artículos 762, 946 y 950 del Código Civil, pues "dio por probada la calidad de dueños, por parte de la comunidad, de la hacienda de San Cayetano, reivindicada para dicha COMUNIDAD", con escrituras públicas que solamente la demuestran en un 53/80 de total. En otras palabras, tuvo por probado el dominio del total del bien, por parte de los demandantes, "o sea, los 80/80, sin darse cuenta de que faltan los títulos correspondientes a los 27/80 restantes", de los cuales se ignora quiénes sean los titulares o si "no hay titularidad alguna sobre esta cuota": "Por tanto, en la sentencia se ordenó entregar la totalidad habiéndose demostrado la calidad de dueño sólo en parte".

Agrega el recurrente que el artículo 950 del Código Civil dice que la acción reivindicatoria le corresponde al que tiene la propiedad *plena* o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa y que el artículo 946 establece que la acción de dominio la tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión para que el poseedor sea condenado a restituirla. "Los demandantes no han demostrado ser dueños de la cosa que reivindican, esto es, la COMUNIDAD no ha demostrado el dominio de la hacienda de San Cayetano y, por lo tanto, no puede entregársele, ni a uno ni a todos los que se dicen únicos comuneros, el bien demandado".

Dice, además, que la sentencia reconoce que según las pruebas "sólo han demostrado carácter de comuneros los demandantes José Resurrección Contreras y Gustavita Rodríguez y Eliécer Gutiérrez"; a ellos "podría habérseles reconocido el dominio y aceptado la reivindicación estrictamente en sus cuotas; pero como no se han demandado cuotas, sino el total del bien, no puede la sentencia ordenar... se les entregue el bien reivindicado, y menos en su totalidad". Es absurdo declarar a la Comunidad como "dueña del terreno determinado en la demanda" y condenar a restituir los lotes que poseen los demandados, sin haber presentado los actores sus títulos sobre los 27/80 del bien reivindicado.

Después de hacer la relación de las escrituras públicas que demuestran el dominio sobre 53/80, deduce el recurrente que faltan 27/80 partes y concluye que, al creerse probado el dominio, en el fallo acusado, por parte de la comunidad, sin estarlo, se violó en forma indirecta el artículo 946 del Código Civil, que exige como condición esencial para reivindicar que el actor tenga la calidad de dueño, y se violó, además, el artículo 762, que le atribuye el carácter de dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo: "como la COMUNIDAD no acreditó ser dueña, debe tenerse por dueños a los poseedores".

Se considera:

Como se ve, se alega, en substancia, que el Tribunal "dio por probado el dominio por parte de los demandantes del total del bien" faltando los títulos sobre 27/80 partes de la hacienda de San Cayetano y, en consecuencia, "*ordenó entregar la totalidad* habiendo demostrado la calidad de dueño sólo en parte". Alegación que se funda en la creencia de que el fallo sólo podía reconocer el dominio y aceptar la reivindicación "estrictamente en sus *cuotas*" a los actores que demostraron "su carácter de comuneros".

Para contestar el cargo se hace forzoso repetir qué fue lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia, aunque ello se haya expresado al estudiar el cargo anterior.

Pues bien, ya se dijo que en la demanda no se pide la reivindicación de toda la herencia de San Cayetano, considerada como una unidad total, ni se intenta la reivindicación de *cuotas* de la misma, ni para los actores individualmente considerados, sino que se declare que "*los predios o lotes de terreno que se determinan en el hecho primero, en sus distintos numerales*", son de propiedad "de *la comunidad* dueña de la hacienda de San Cayetano, representada aquí por los demandantes". "Los lotes de terreno, anteriormente delimitados y determinados —agrega el libelo— *hacen parte de la hacienda de*

San Cayetano y pertenecen a los comuneros dueños de la montada hacienda, a cuyo nombre actúa la parte actora". En consecuencia, se pide que se ordene a los demandados que entreguen a "la comunidad mencionada *los lotes de terreno* que se reivindican". (Subraya la Corte).

La sentencia, en concordancia con lo pedido, condena *"a los siguientes demandados* a restituir *a la comunidad* dueña del terreno determinado en la demanda, *los lotes que respectivamente poseen"*, que enumera y alindera, para después añadir: "Los anteriores lotes están comprendidos dentro de los linderos de la hacienda de San Cayetano, que se consignan a continuación". Y al estudiar los títulos presentados dice el Tribunal que tres de los actores han presentado escrituras públicas con las cuales han demostrado la adquisición de cuotas (la cuarta parte del terreno, 5/16 y 2/20 del mismo) y que los "otros no presentaron las copias de las hijuelas de sus respectivos tradentes".

Y antes ha advertido el fallo que mediante una diligencia de inspección ocular se estableció: que "los lotes individualizados en la demanda están comprendidos dentro de aquella propiedad": "que los lotes determinados en la demanda son los mismos que ocupan los demandados", con algunas salvedades que consigna; que los demandantes obran en nombre de una comunidad; que la declaración de dominio se pide "a favor de la comunidad dueña de la hacienda de San Cayetano" y, por tanto, obran "en nombre de esa misma comunidad y para ella".

En resumen y conclusión, lo que surge de lo anterior es un problema de derecho, que no plantea de manera expresa el recurrente y que el Tribunal resolvió en forma acertada, o sea, de acuerdo con lo establecido afirmativamente por la doctrina: Si pueden uno o varios comuneros, no dueños del total de los derechos o cuotas de una comunidad, reclamar para ella en reivindicación la totalidad o parte de un bien de la comunidad. Y no hay dificultad porque faltan como actores algunos de los copropietarios, por la razón ya dicha de que los que presentaron sus títulos no actúan demandando cuotas, sino lotes determinados, ni piden que se los entreguen a ellos, sino a la comunidad en cuyo nombre están hablando.

Al efecto, sólo se citan las siguientes doctrinas:

"El comunero puede actuar en todo aquello que traiga beneficio a dicha comunidad por cualquier concepto que lo haga. Si así no fuera, podría suceder que por no poderse reclamar por ninguno de los comuneros la cosa común, pudiera desaparecer en perjuicio de todos". (Casación de 26 de julio de 1919, G. J. tomo XXVII, número 1415, pág. 254).

"El comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representan unos a otros o a la comunidad, sino en virtud de que el comunero, cuando litiga en favor de la comunidad, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta". (Sentencia de 24 de septiembre de 1946, G. J. Tomo LXI, números 2040-2041, página 567).

"Probado que sí existe una situación de dominio en el globo de Punta de Polonia, se desprende de ello lógicamente que uno cualquiera de los comuneros en él puede ejercitar toda acción tendiente a la conservación del dominio en dicha comunidad, entendiéndose que el resultado favorable que de ella se desprenda aprovecha por igual a cada uno de los condueños". (Fallos de 13 de febrero de 1946, G. J. Tomo LX, números 2029-30-31, página 273 y de 16 de junio de 1952, G. J. Tomo LXXII, números 2116-17, pág. 761).

Estas consideraciones son suficientes para llegar a la conclusión de que no ha habido el error de hecho en la apreciación de las pruebas, de que habla el recurrente y, por tanto, que el cargo de que se viene hablando debe desecharse.

CARGO TERCERO. — También se funda en la causal primera y se expresa diciendo que la sentencia viola los artículos 342 y 333 del Código Judicial, en forma directa, por no haber sido aplicados en el fallo.

En efecto, dice el recurrente, aparecen como meros tenedores, en calidad de arrendatarios, Belisario García, Emilio Alonso, Flaminio Sánchez, Reinaldo Herrera, Luis Piñeros, Obdulio Peña e Isaías Herrera, pues así se desprende de las declaraciones de Daniel Castañeda, Sérvulo Martín, Gerardo Sarmiento y Obdulio Peña.

Además, en la demanda o cuestionario de posiciones se les pregunta a los demandados "si es cierto que entraron a poseer dicho lote de terreno como arrendatarios unos, y otros con permiso de los administradores de la hacienda, para aprovecharse de los desmontes".

De esta suerte y, "al menos para Reinaldo Herrera, Flaminio Sánchez, Belisario García y Emilio Alonso, aparece indudable su calidad de arrendatarios y, por lo tanto, meros tenedores de sus parcelas, con las mismas pruebas del demandante". La sentencia del Tribunal, ha debido, pues, reconocer la excepción perentoria de inepta demanda y, como así no lo hizo, violó los artículos 343 y 333 del Código Judicial, que disponen reconocer de oficio la

que se encuentre probada. Sucedió aquí que la parte actora empleó la tramitación del juicio ordinario para obtener la entrega de la cosa arrendada, cuando ha debido emplear la del juicio especial de lanzamiento.

Se considera:

Anota el Tribunal que "ninguno de los demandados contestó la demanda", lo que los hace responsables de las consecuencias del juicio, al tenor del artículo 214 del Código Judicial. Y el Tribunal tiene razón, porque en este precepto se establece que si alguien es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, "si no es así, debe expresarlo en la contestación, pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor".

Precepto que la Corte, en sentencia de 27 de abril del presente año, comenta diciendo que el ejercicio de la acción reivindicatoria conlleva el cargo de ser poseedor el demandado, pues no puede concebirse la acción de dominio sin ese cargo. Por tanto, en lo atañadero a la posesión, "el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella", pues así se desprende de los artículos 214 y 215 del Código Judicial. Y ello no solamente en el caso de que "de manera explícita" se afirme el hecho de ser poseedor el demandado, sino en la ocurrencia de que la parte actora no afirme de modo expreso que el demandado es el poseedor: "le bastaba incoar la acción reivindicatoria para que quedasen calificados de poseedores, de suerte que, al no negarlo, aceptaron tácitamente tal calificación, del mismo modo que la habrían aceptado si no hubiesen dado contestación a la demanda".

Pero viniendo a las pruebas, el Tribunal tuvo en cuenta, no sólo el hecho de no haber dado contestación a la demanda, sino la diligencia de inspección ocular, por medio de la cual se verificó la existencia de "cada uno de los lotes determinados en la demanda y de las mejoras o trabajos de explotación de la tierra, señalando al mismo tiempo a cada uno de los demandados como al actual ocupante"; además, la circunstancia de que "la mayor parte de los demandados, al absolver posiciones (c. 2, fls. 27 a 50) admitió ser ocupante del respectivo terreno habiendo entrado a explotarlo por creer que era del Estado".

Pudiera entrarse a hacer el análisis de las pruebas que el recurrente invoca y de las que trae a colación el Tribunal respecto de la posesión de los demandados, pero como lo que en el fondo se arguye es un error en la apreciación de las pruebas al aceptar como demostrada dicha posesión sin estarlo, y ello no aparece de modo evidente, esto es, no se trata de un error manifiesto, el cargo debe desecharse, pues la casación no es una tercera instancia, sino un estudio de la sentencia a la luz de la ley y no un debate probatorio.

Pero lo anterior se ha dicho con un sentido de amplitud o de estudio por parte de la Corporación, pues para desecharlo hubiera bastado con la razón definitiva de que el recurrente ha invocado como disposiciones violadas los artículos 333 y 342 del Código Judicial, disposiciones que apenas "le señalan al Juez determinada línea de conducta para la prosecución de los juicios civiles y, por tanto, escapan a la casación", como lo ha expresado la Corte. (Casaciones de 30 de julio de 1942 y de 12 de agosto de 1948, G. J., tomos LIV-bis, página 7, y tomo LXIV, números 2064-65, página 699). Al efecto hubiera sido necesario que en la demanda se hubieran señalado como violados preceptos tales como los de los artículos 952 y 953 del Código Civil, que enseñan contra quién se dirige la acción reivindicatoria y la actitud que ha de asumir el mero tenedor de la cosa que se reivindica.

En consecuencia, se desecha también este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Las costas corren a cargo de la parte recurrente.

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

Agustín Gómez Prada. — Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel — Emilio Robledo Uribe, Conjuez. — **Ernesto Melendro L.** Sfio.

NO INVALIDA EL INSTRUMENTO EL SOLO HECHO DE QUE UNO DE LOS OTORGANTES NO FIGURE COMO TAL EN LA INTRODUCCION

1—A quien suscribe el instrumento, no siendo ni el Notario ni uno de los testigos, ha de tenérsela por otorgante, ya que dicho acto se ejecuta ante el Notario, quien no lo autoriza si el que firma no es otorgante. Por esto el artículo 1759 del C. C. establece que el instrumento hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado. La cual no es óbice para impugnarlo conforme a los principios generales.

Y no es vacío que anule o demerite el instrumento, la circunstancia de no figurar en la introducción como exponente, si son conocidos el notario, los otorgantes, aceptantes y testigos y son suyas las firmas, según lo preceptúa el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, que suavisa el rigor del artículo 2595 del C. C.

2—El error de hecho manifiesto, en materia de estimación o interpretación del contrato, según doctrina reiterada, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato, como prueba del proceso, se le hace decir lo que no dice, o se le niega lo que dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo, o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas.

3—El fenómeno de la ratificación, según el artículo 1955 del C. C., es procedente sólo en materia de actos afectos de nulidad relativa y, de acuerdo con la Ley 50 de 1936, también en los viciados de nulidad absoluta, cuando no se origina en un objeto o causa ilícitos. Mas, si terceros interesados en la declaración de una simulación, dicen RATIFICAR, significa simplemente que renuncian al derecho de demandar esa declaración. Las calificaciones de los hechos no hacen los hechos.

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

Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte resuelve sobre el recurso de casación interpuesto por el actor en el juicio de Nelson Serrano contra los herederos de Francisco Rivera Escobar. La sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Cali está fechada en 17 de marzo de 1954.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes.

1.—Nelson Serrano demandó por medio de libelo de 10 de septiembre de 1946 —corregido el 28 de octubre de 1949.— "a la sucesión intestada e ilíquida del doctor Francisco Rivera Escobar, representada por sus herederos Gilberto, José María y Francisco Rivera Racines, y las señoras Fanny Rivera Racines de Uribe, Melba Rivera Racines de Bueno, Bertha Rivera Racines de Asparate, y el menor Hernán Rivera Figueroa, a quien Ud. se servirá designarle curador; a la sociedad conyugal ilíquida que se formó con el matrimonio del causante Dr. Francisco Rivera Escobar y la señora Graciela Garcés v. de Rivera Escobar, cónyuge sobreviviente, representada por aquéllos y ésta, todos mayores de edad, a excepción del menor nombrado, y vecinos de Palmira, a excepción de las tres señoras nombradas que son vecinas Fanny y Bertha, de Bogotá y Melba de Cali; a las señoritas Auria, Susana Cler, Cecilia Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales o Corrales Riveras mayores de edad y vecinas de Palmira; a la sociedad denominada "Ingenio El Papayal Limitada", constituída por escritura pública Nº 356 de 5 de marzo del año en curso, de la Notaría 2ª de Palmira, domiciliada en esta ciudad y representada por su gerente el señor Narciso Díaz G., mayor de edad y de esta misma vecindad; al Banco de Colombia S. A., domiciliado en Bogotá, representado por su Gerente el señor Roberto Michelsen y la sucursal de dicho Banco en esta ciudad, representada por su Gerente el señor César Prado R., ambos mayores de edad y vecinos, el primero de Bogotá y el segundo de Palmira; a los señores Flover Rivera

Corrales y a la sociedad conyugal formada por ellos ambos mayores de edad y vecinos de esta ciudad; y al señor Gabriel Balcazar, mayor y de la misma vecindad".

2.—En la expresada demanda se solicitaron estas declaraciones:

"Primera.—Que son simulados los contratos de compraventa celebrados por los señores José María Rivera Escobar, Francisco Rivera Escobar y Auria, Susana Cler, Cecilia Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales o Corrales Rivera, mediante las escrituras públicas, números 353, 355 y 504 de 22 y 24 de abril y 9 de junio, respectivamente de 1944, otorgadas en la Notaría 1ª de este Circuito de Palmira".

"Segunda.—Que la convención oculta bajo la apariencia de compraventa celebrada entre el señor José María Rivera Escobar y el Dr. Francisco Rivera Escobar fue un mandato o encargo gratuito".

"Tercera.—Que el acto o convenio oculto bajo la apariencia de la compraventa celebrado con interposición de una tercera persona, entre el señor José María Rivera Escobar y las señoritas Riveras Corrales o Corrales Riveras nombradas, fue una transmisión gratuita o donación de bienes, acto ese que adolece de nulidad absoluta porque mediante él se lesionaron los derechos herenciales de mi poderante, como hijo natural del causante señor José María Rivera Escobar".

"Cuarta.—Que como una consecuencia de la simulación y de la nulidad absoluta a que se refieren las anteriores peticiones, carece de eficacia jurídica o legal, el traspaso que las señoritas Corrales Riveras o Riveras Corrales hicieron a la sociedad "Ingenio El Papayal Limitada", con domicilio en esta ciudad, de la expresada hacienda de "El Papayal", y bajo la gerencia del señor Narciso Díaz Palacios, y debe, por consiguiente ser restituída a la sucesión del señor José María Rivera Escobar, por haber tenido conocimiento de la simulación a tiempo de constituirse la sociedad comercial ameritada.

"Quinta.—Que por efectos de la misma simulación y nulidad a que se refieren las peticiones anteriores (es nula la hipoteca constituída a favor del Banco de Colombia S. A. entidad ésta domiciliada en Bogotá y Sucursal del mismo Banco en esta ciudad, a que hacen relación los hechos "Vigésimo segundo" y Vigésimo tercero", de esta demanda.

"Sexta.—Que por las mismas razones de simulación y nulidad, expresadas, habiendo tenido, el señor Flover Rivera Corrales o Corrales Rivera y la sociedad conyugal formada por ellos (sic) conocimiento de esa simulación, no tiene eficacia jurídica o legal, la compraventa expresada en el hecho "Vigésimo-Sexto" de la demanda.

"Séptima.— Que la hipoteca constituída por los cónyuges Flover Rivera Corrales o Corrales Rivera (sic) a que se hace referencia en el hecho "Vigésimo-Séptimo" de la demanda, a favor del Banco de Colombia S. A. entidad domiciliada en Bogotá, y la Sucursal suya en esta ciudad, es nula, conocida la simulación, como ellos la conocieron.

"Octava.—Que es así mismo nula, por la misma razón de la simulación conocida, la compraventa celebrada por medio de la escritura pública número 991 de 18 de julio de 1946, de la Notaría 2ª de este Circuito, a que se refiere el hecho "Vigésimo-Octavo" de la demanda.

"Novena.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, los inmuebles a que ellas se refieren, deben ser restituídos, con todos sus frutos naturales y civiles, a la sucesión del causante, señor José María Rivera Escobar.

"Demanda subsidiaria:

"Que se declare la simulación absoluta e inexistencia de los contratos de compraventa celebrados por medio de las escrituras públicas citadas, entre los señores José María Rivera Escobar, Francisco Rivera Escobar y señoritas Auria Susana Cler, Cecilia Alida, Emilia Liliam Corrales Rivera o Rivera Corrales, y que como consecuencia, vuelvan los bienes a su estado anterior, con todos sus frutos naturales o civiles correspondientes".

"Petición general:

"Que se ordene la cancelación de las escrituras citadas en esta demanda, es decir, las de compraventa y de hipoteca y sus correspondientes registros.

"Que se condene en costas".

3.—El Juzgado del conocimiento —el 1º Civil del Circuito de Palmira— falló con fecha 21 de noviembre de 1952 en la forma siguiente:

"1º—**Declárase probada** la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los siguientes demandados: a) de la sociedad conyugal formada por el matrimonio del señor Flover Rivera Corrales con la señora Fanny Balden; y b) del Banco de Colombia S. A. de Bogotá y sucursal de la misma entidad jurídica en Palmira, así como la de sus respectivos representantes legales.

"2º—Declárense probadas las excepciones perentorias siguientes: a) carencia de derecho en el actor para ejercer las acciones propuestas y la correlativa de inexistencia de las obligaciones de-

mandadas; b) petición de lo no debido; y c) transacción para precaver ulteriores litigios, con base en una cesión de derechos a título oneroso.

"3º—En consecuencia, se absuelve a todos y cada uno de los demandados, ya sean sociedades o personas jurídicas y particulares, de todos los cargos principales y subsidiariamente, formulados en las demandas original y corregida, de fechas diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis y veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, respectivamente.

"4º—Y como corolario, se ordena la cancelación del registro de la demanda, para cuya efectividad se librará el oficio del caso al Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito Judicial, una vez en firme esta sentencia.

"5º—Las costas de la instancia son de cargo del demandante, según lo preceptuado en el numeral 1º del Decreto Nº 243 de 3 de febrero de 1951".

4.—Apelada esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió:

"En fuerza de las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira el 21 de noviembre de 1952, pero modifica el punto primero del fallo en el sentido de que la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería sólo se declara probada en relación con la sociedad anónima denominada Banco de Colombia S. A., y modifica también el punto segundo de la misma en el sentido de declarar probada únicamente la excepción de transacción. Los puntos tercero, cuarto y quinto de la misma sentencia no sufren modificación alguna y quedan en firme.

"Las costas de la segunda instancia son de cargo de la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 2 del Decreto 0243 de 1951".

5.—La misma parte actora recurrió en casación, y habiéndose surtido el trámite de rigor, la Sala procede a decidir.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: Causales y cargos.

6.—Invoca el recurrente la causal primera de casación, y formula los cargos en dos grupos: uno de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura pública Nº 349 de 5 de marzo de 1946, de la Notaría 2ª de Palmira, y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito, visible al folio 92 del cuaderno 4º, con la consecuencial violación de los textos legales que cita el recurrente; y otro, de infracciones directas de las disposiciones mencionadas en esta parte.

7.—Los errores en la estimación de la escritura Nº 349 y del certificado del Registrador, son:

A) De hecho, en cuanto el Tribunal dio por demostrado con la referida escritura, un contrato de transacción en que fuera parte Nelson Serrano, siendo así que éste no compareció a otorgarla.

B) De derecho, por haberle atribuído a dicho instrumento valor contra Nelson Serrano, no habiendo figurado éste entre los comparecientes.

C) De derecho, en cuanto dio valor al certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Palmira, según el cual Serrano fue uno de los otorgantes de tal escritura, ya que los certificados del Registrador no pueden suplir los instrumentos públicos, aparte de haberlo incorporado al juicio en ninguna de las formas previstas en el artículo 597 del C. J.

D) De hecho, por haber hallado el sentenciador en dicha escritura la prueba de una cesión de derechos hereditarios por parte de los otorgantes de ella.

E) De derecho, porque admitió la escritura como prueba en el juicio, siendo así que no fue registrada conforme a la ley.

F) De hecho, por haber considerado que esta escritura contiene una transacción, cuya existencia reconoció al declarar probada la correspondiente excepción perentoria.

8.—Los cargos por violación directa de la ley, son:

A) Infracción del artículo 1755 del C. C., por haber considerado que los otorgantes de la escritura podían ratificar contratos en los cuales no tenían la calidad de partes.

B) Infracción de los artículos 2409, 2484 y 2483 del C. C., por haber estimado el sentenciador que el acto cumplido mediante el precitado instrumento Nº 346, es una transacción.

— I —

Errores de hecho y de derecho marcados A y B)

9.—Consiste el primero —que es de hecho— en haber dado por establecido el contrato de transacción, en cuya celebración no tomó parte Nel-

son Serrano, por aparecer de los términos del instrumento que "él no compareció ni fue otorgante ni exponente de las declaraciones en ella contenidas", error que llevó al juzgador a infringir los artículos 1502, 1602, 1679, 1765, 2469, 2483, 2484, 2576, 2583, 2594 y 2595 del C. C.

Consiste el segundo —que es de derecho— en haber concedido a dicha escritura "valor probatorio contra Nelson Serrano, valor que la ley no le concede, pues no (sic) sin advertir que el nombrado Serrano no es otorgante ni parte en esa escritura pública, lo consideró sin embargo vinculado jurídicamente por la fuerza probatoria del instrumento que legalmente no opera sino respecto de las partes". El cargo, en cuanto a quebranto de la ley, comprende las mismas disposiciones.

10.—Figura a los folios 11 v. a 17 del Cuaderno 5º copia auténtica de la escritura pública Nº 349, de 5 de marzo de 1946, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Palmira, copia ordenada por el Juez del conocimiento, como prueba pedida por algunos de los demandados. En el preámbulo, al dar cuenta el Notario de quienes comparecieron a otorgar el instrumento, no consta el nombre de "Nelson Serrano"; en cambio, al pie de él, con las firmas de los nombrados arriba, aparece una que dice: "Nelson Serrano" El Tribunal afirma que "aunque en la copia presentada, al enunciar los nombres de los comparecientes no aparece incluído el señor Nelson Serrano, que es el actual demandante en este juicio, sin embargo tal escritura aparece firmada por él y el Registrador de Instrumentos Públicos de Palmira en el punto 7 del certificado que obra a folios 92 del cuaderno Nº 4, lo incluye como otorgante de ese instrumento".

11.—El recurrente apoya así el cargo por error de hecho:

"Como quiera que el otorgamiento de una escritura conlleva la celebración de un acto jurídico o una declaración de voluntad por parte del otorgante u otorgantes (interesados, exponentes, comparecientes o partes, que todas estas palabras son sinónimas en el lenguaje notarial), la expresión inequívoca del consentimiento, segundo requisito de fondo de los que impone el artículo 1502 del C. C. es esencial e indispensable que quede entre las circunstancias de que el Notario da testimonio solemne. El tiene que decir y prestar fe de quiénes comparecieron, manifestaron su voluntad, con qué objeto y modalidades en el momento del otorgamiento de la escritura, previa su identificación personal. Sólo las personas que individualice y determine por sus nombres y condiciones civiles el Notario Público pueden considerarse sujetos de la relación jurídica que da nacimiento al instrumento público para los efectos vinculantes o meramente probatorios que señala la ley, o sea, para alinderar el ámbito en que opera el principio **Res inter alios acta**. La escritura pública prueba de por sí (**adversus omnes**) que es auténtica y que se otorgó precisamente en la fecha que expresa, es decir, que los otorgantes que cita e identifica en la forma legal, y sólo ellos, concurrieron ante el Notario, y los testigos ese día y ante ellos hicieron las declaraciones que allí constan escritas y redactadas inalterablemente hasta en su puntuación.

"Nelson Serrano no fue otorgante, parte, compareciente ni exponente de la escritura Nº 349, como de ella aparece y como el Tribunal lo manifiesta. Su contenido no reza con él. No fue parte en el contrato de transacción que el Tribunal cree hallar en sus estipulaciones, ni el Notario ante quien se otorgó dá fe de que haya prestado su consentimiento por las declaraciones que forman su contenido. La firma que aparece al final, señera y desvinculada de todo, sin explicación de su presencia, suponiendo que corresponde a la persona del demandante, es un mero accidente que no quita ni pone nada en el concepto jurídico estructural de la escritura pública como medio legal de probar por medio del testimonio de los depositarios de la fe del Estado. Es una firma que sobra tánto como sobraría mi nombre si yo hubiera firmado esa escritura. La firma desde el punto de vista de sus efectos en derecho notarial, esto es, como medio de autenticación de la expresión de la voluntad jurídica como fuente de obligaciones o determinación de sujeto en las relaciones contractuales, no tiene operancia el sentido sino en cuanto corresponda a la persona de uno de los otorgantes o exponentes o comparecientes o de alguno de los que intervinieron en alguna forma para crear con la manifestación de su consentimiento alguna relación de derecho para cuya demostración se produce el testimonio solemne de la escritura pública. Si no, la firma no pasa de ser un mero signo caligráfico sin consecuencias jurídicas. Una declaración de voluntad sin firma es inválida por falta de autenticidad. Una firma sin declaración ninguna de voluntad es una cosa hueca, completamente inútil".

El cargo por error de derecho lo expone así:

"La plena fe que legalmente corresponde al instrumento público no opera sino contra los declarantes en él y las obligaciones y descargos que contenga no prueban sino respecto de los otor-

gantes o de las personas a quienes se transfieren por título universal o singular (a. 1759 C. C.). Ya he dicho, y lo repito, que Nelson Serrano no fue declarante ni otorgante de la escritura 349 porque el Notario ante quien se otorgó no dá fe ni testimonio de que él haya hecho ninguna manifestación de voluntad que en alguna forma lo vinculara a consecuencias jurídicas, ni su nombre figura entre los que comparecieron a su otorgamiento. Sólo las partes, los que han expresado consentimiento, con las condiciones y anotaciones ya dichas ante el Notario, deben firmar la escritura. Pero no es la firma desconectada de todo, sin explicación ninguna, lo que puede dar la calidad de parte, que no puede tener origen sino en el hecho sustantivo y radical de haber expresado una manifestación de voluntad de que el Notario dé fe y preconstituya testimonio solemne".

Se considera:

12.—No hay error de hecho en estimar que por la circunstancia de no aparecer entre los nombres de los comparecientes el de "Nelson Serrano", éste otorgó realmente la escritura que firmó, por estas razones:

1ª—En principio, si se firma el instrumento es porque se comparece y otorga: el artículo 2586 del C. C. dispone que todo acto notarial debe suscribirse por los otorgantes, por dos testigos y por el Notario "que dará fe de todo"; de suerte que a quien suscribe, no siendo ni el Notario ni uno de los testigos, ha de tenérsele por otorgante, ya que dicho acto se ejecuta ante el Notario, quien no lo autoriza si el que firma no es otorgante. El Notario dá fe, por tanto, de que lo es. Por esto el artículo 1759 ib. establece que el instrumento hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado. Lo cual no es óbice para impugnarlo conforme a los principios generales.

2ª—Porque no es vacío que anule o demerite el instrumento la circunstancia de no figurar en la introducción como exponente, si son conocidos el notario, los otorgantes, aceptantes o testigos y son suyas las firmas, según lo preceptúa el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, que suaviza el rigor del artículo 2595 del C. C. No se ha alegado siquiera por la parte actora que la persona a quien corresponde el nombre de "Nelson Serrano", no sea conocida y menos aún que la firma que así reza no sea la de dicha persona, ya que ni en la demanda, ni en las alegaciones del actor se pone en duda su autenticidad. Si la firma es auténtica y si fue puesta en presencia del notario, como hay que entenderlo, puesto que de ello dá fe, es —concluye el sentenciador— porque Nelson Serrano compareció a otorgar la escritura.

3ª—Así, pues, en el hecho irrefragable de la autenticidad de la firma se basa primordialmente la apreciación del juzgador. Pero, concurren algunas circunstancias más que pudieron influir en su ánimo para robustecer la estimación de la prueba, a saber:

a) El actor, por medio de su apoderado, no niega que hubiese comparecido a otorgar el instrumento. A los folios 87 del cuaderno 1º Bis y 12 del cuaderno 8º acepta tal hecho, ya que se limita a alegar que el acto jurídico en él consignado es nulo por objeto ilícito.

b) El actor, en parte alguna del proceso tacha de falsa la firma estampada al pie de la escritura; tal actitud refuerza la creencia de que realmente compareció.

c) Consta en dicho instrumento que se pagó el impuesto de registro por cuenta, entre otros, de "Nelson Serrano" (f. 15 C. 5º); y entre los comprobantes que exige la ley para que pueda otorgarse una escritura aparece también el certificado de paz y salvo de "Nelson Serrano" (f. 17 ib.), fuera de que quien otorgó poder para iniciar este juicio con la cédula de ciudadanía Nº 734363 de Palmira (f. 6 C. 1º) es la misma persona mencionada en el certificado de paz y salvo antes referido (f. 17 C. 5º), todo lo cual significa que Nelson Serrano sí compareció al otorgamiento de la citada escritura.

13.—Descartado el error de hecho, desaparece el cargo por error de derecho, ya que habiendo otorgado el actor el instrumento, a éste lo obliga como si los demás exponentes.

En consecuencia, se rechazan los cargos consistentes en los expresados errores.

— II —

Error de derecho alegado (I)

14.—Consiste en considerar el sentenciador que el certificado del Registrador —folio 92 del Cuad. Nº 4— "puede reemplazar y modificar probatoriamente la escritura pública mencionada"; y en haberlo admitido como prueba no obstante no haber sido aducido en ninguna de las oportunidades señaladas en el artículo 597 del C. J., con violación "entre muchos otros, de los artículos 1502, 1602, 2469, 2483, 2484, 2673 y 2675 del C. C."

Se considera:

15.—Si bien es cierto que la sentencia considera a Nelson Serrano como otorgante de la escritura, con apoyo en éste y en el certificado referido del Registrador, según el cual figura él como compareciente, desechado como queda el cargo por error de hecho en la apreciación del instrumento, carece de importancia el encaminado a desvirtuar la valoración dada al certificado. En efecto, aunquando fuese cierto que en este caso la sentencia suple la escritura con el certificado y que éste vino irregularmente a los autos, la sola escritura habría bastado, como antes se vió, a demostrar que el actor la otorgó, de modo que el fallo habría podido prescindir del certificado, y en sentencia de instancia la Corte tendría que llegar al mismo desenlace, en la hipótesis de que el presente cargo fuera procedente.

Por lo expuesto, la Sala no lo acoge.

— III —

Error de derecho marcado E)

16.—Consiste en haber atribuído al citado instrumento Nº 349 mérito probatorio, con la infracción de los artículos 1602, 1602, 1967, 2469, 264 y 2673 del C. C. y 593 del C. J., siendo así que "fue registrado solamente en el Libro Nº 1º, debiendo serlo en el Libro Nº 2, según la ley".

Se considera:

17.—No es viable este cargo porque representa un punto nuevo en casación, no debatido en las instancias. En la demanda ninguna declaración se pide en relación con el precitado instrumento; es más: pasa ignorado, de suerte que lo concerniente al registro no atrajo reclamo ni objeción alguna por parte del demandante. En los alegatos de conclusión de ambas instancias, el apoderado del actor, no obstante hacer referencia a dicha escritura (cuaderno 1º Bis y 8º folios 67 y 12), ninguna acusación formuló contra la manera como fue inscrita en el Registro Público. Sólo ahora, en casación se ataca la sentencia por un aspecto que ella no contempla, precisamente por no haber sido cuestión promovida o debatida en el juicio.

Lo cual es suficiente para negar al cargo todo valor en el recurso.

IV

Errores de hecho marcados D) y F)

18.—Consisten en haber hallado el sentenciador, en la escritura Nº 349, la prueba de una cesión de derechos herenciales y de un contrato de transacción, respectivamente, con la infracción de los artículos 1502, 1602, 1967, 2469, 2403 y 2484 del C. C., en el primer caso, y 1501, 2469, 2475, 2484 y 2485 de la misma obra, en el segundo.

19.—Dicen así las cláusulas pertinentes de la escritura Nº 349:

"Primero.—Que los exponentes conocen muy bien la escritura pública número trescientos cincuenta y tres (353) de veintidos (22) de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), otorgada en la Notaría Primera de Palmira, por medio de la cual el doctor José María Rivera E. dio en venta al doctor Francisco Rivera E. los siguientes bienes:.....

"Segundo.—Que los exponentes conocen también perfectamente la escritura pública número trescientos cincuenta y cinco (355) de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) otorgada en la Notaría Primera de Palmira, por medio de la cual el doctor José María Rivera E. dio en venta al doctor Francisco Rivera E. los siguientes bienes:.....

"Tercero.—Que igualmente los otorgantes conocen, muy bien la escritura pública número quinientos cuatro (504) de nueve (9) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) de la Notaría Primera de Palmira, por medio de la cual el doctor Francisco Rivera E., con aceptación y ratificación de su señora esposa doña Graciela Garcés de Rivera, dio en venta a las señoritas Auris Rivera Corrales, Susana Cler Rivera Corrales, Cecilia Alida Rivera Corrales y Emilio Liliam Rivera Corrales los mismos bienes descritos e individualizados anteriormente, que el vendedor había adquirido en virtud de las compras hechas al doctor José María Rivera E. por medio de las citadas escrituras número 353 y 355 de abril de 1944, de la Notaría Primera de Palmira, con excepción del lote de terreno de cuarenta plazas (40 pz.) mencionado al describir la hacienda denominada El Papayal.

"Cuarto.—Que los exponentes declaran en forma solemne que les consta la realidad y verdad de las operaciones o negocios contenidos en las escrituras públicas mencionadas en los tres (3) puntos precedentes de esta escritura y por los mismos saben muy bien y reconocen en forma

irrevocable que las señoritas Auria, Susana Cler, Cecilia Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales, son hoy las legítimas y verdaderas dueñas y poseedoras legales e inscritas de los bienes a que dicen referencia las escrituras citadas anteriormente excepción hecha del lote adicional de cuarenta (40) fanegadas de terreno de la hacienda de El Papayal que se reservó para sí en la escritura número 504 arriba citada el doctor Francisco Rivera E., de la casa de habitación ubicada en la ciudad de Buga descrita en el ordinal D) de la misma escritura número 504, la cual fue vendida por las comparecientes Auria, Susana Cler, Cecilia, Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales a la señora Cecilia Payán de Domínguez por escritura pública otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, y de las diez (10) fanegadas de terreno, también de la hacienda de El Papayal que las nombradas Rivera Corrales le vendieron al Municipio de Palmira, por medio de la escritura pública número cuatrocientos noventa y cuatro (494) de veintiuno (21) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) otorgada en la Notaría Primera de Palmira.

"Quinto.—Que los exponentes ratifican en todas sus partes las escrituras públicas mencionadas y ceden a favor de las actuales propietarias señoritas Auria, Susana Cler, Cecilia Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales cualesquiera derechos que por cualquier causa y a cualquier título correspondían o puedan corresponder en cualquier tiempo a los exponentes sobre todos o sobre cualquiera de los bienes descritos y delimitados en los puntos 1º y 2º de la presente escritura y en relación con los títulos escriturarios arriba citados, renunciando los exponentes, perpetua e irrevocablemente a toda reclamación que pudieran (sic) llegar a tener derecho de intentar contra la validez de los contratos contenidos en las escrituras públicas a que se hace referencia en el presente instrumento y se obligan solidariamente a obtener que los menores Alex y Nelly Serrano, apenas cumplan la mayor edad hagan por escritura pública idéntica ratificación y cesión y las contenidas en el presente instrumento, a favor de las mismas Auria, Susana Cler, Cecilia Alida y Emilia Liliam Rivera Corrales. Presentes las señoritas Auria Rivera Corrales, Susana Cler Rivera Corrales, Cecilia Alida Rivera Corrales y Emilia Liliam Rivera Corrales, mujeres solteras, mayores de edad, naturales y vecinas de Palmira, a quienes también conozco personalmente como hábiles para contratar y obligarse de lo cual doy fe, e impuestas de la presente escritura a su favor otorgada manifestaron que la aprueban y aceptan en todos y cada una de sus partes...."

"Sexto.—Todos los comparecientes de común acuerdo declaran que fijan como valor de los contratos y de la cesión contenidos en este instrumento, la suma de cinco mil pesos ($ 5.000-00) moneda corriente, suma ésta que los otorgantes cedentes reciben a su entera satisfacción de manos de los otorgantes Rivera Corrales, cesionarias, en el acto de la firma del presente instrumento y en presencia del infrascrito Notario de lo cual doy fe".

2º.—Estos son los conceptos de la sentencia: "..... tanto el señor Nelson Serrano como los demás comparecientes en ese acto solemne, bilateral y oneroso, estaban en plena capacidad de hacer esas declaraciones a favor de las Rivera Corrales y de hacer en beneficio de estas señoritas cesión o venta de los derechos que a cualquien título pudiera corresponderle en los bienes objeto de esos contratos; entre los cuales títulos queda naturalmente incluído el de herencia, como es obvio deducirlo jurídicamente; tanto mas, cuanto que aparece que las Riveras Corrales le pagaron a sus cedentes el precio correspondiente allí estipulado; lo que vale decir que las obligaciones fueron recíprocas y que los cedentes se colocaron apenas en la circunstancia indicada por el artículo 1907 del C. Civil".

"Ante el hecho cumplido y demostrado suficientemente de que Nelson Serrano espontáneamente renunció a todo derecho de reclamo contra la validez de las escrituras públicas mencionadas, importa averiguar la naturaleza eventual del derecho renunciado. No se trata y esto es evidente, de renuncia a su calidad de hijo natural de José María Rivera Escobar porque precisamente las declaraciones y convenciones de que dá cuenta la citada escritura 349 las hace y las pacta en esta calidad. El posible derecho de Serrano a conseguir la invalidez de las escrituras por medio de las cuales se radicó en otras personas el dominio de los bienes que antes pertenecían a su padre natural, se basa en ese carácter de hijo natural como fuente de su interés jurídico.

"Cualquiera que sea el patrimonio de la sucesión de Rivera Escobar, Nelson Serrano como hijo natural y a falta de otros herederos con mejor derecho, tiene vocación a participar en la cuota que legalmente le corresponde. Entonces la transacción de que dá cuenta esa escritura 349 no se refiere en ninguna forma al estado civil

perfectamente definido de Serrano, y no can, consiguientemente, en la prohibición contenida en el artículo 2473 del Código Civil que dice: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas".

"Esta renuncia tiene dentro de nuestras instituciones civiles, cuando se declara expresamente, un nombre determinado y una reglamentación especial sobre su validez y consecuencias. Se llama transacción definida por el artículo 2469 del Código como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

"Para que la transacción sea válida se requiere, en primer término, que quien transige sea capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Serrano podía disponer de su derecho a demandar la nulidad de las escrituras tantas veces citadas porque era potestativo de él demandar o no. Y como a la fecha de la transacción era mayor de edad según lo atestigua el Notario que autorizó la escritura y el certificado de paz y salvo agregado a la misma que hace referencia a la cédula de ciudadanía Nº 734363, hay que concluir que este primero requisito está cumplido".

"En estas condiciones a la transacción de que dá cuenta la escritura Nº 349 mencionada hay que reconocerle el efecto que le asigna el artículo 2483 del código civil; es decir, el de cosa juzgada en última instancia. Para desvirtuar esta transacción es cierto que quedan los recursos de nulidad y rescisión, pero ellos no se han intentado en la demanda, como que en ella no se hace alusión siquiera a la transacción efectuada con anterioridad a su presentación".

Se considera:

21.—Respecto de la cesión de derechos:

Si el contrato habla de cesión de derechos, por parte de los exponentes, mal puede haber error de hecho en la estimación que el Tribunal hace el contrato, según el cual los otorgantes cedieron "los derechos que por cualquier causa y a cualquier título correspondan o puedan llegar a corresponder en cualquier tiempo a los exponentes sobre todos o sobre cualquiera de los bienes descritos y delimitados en los puntos primero y segundo de la presente escritura y en relación con los títulos escriturarios arriba citados".

Arguye el recurrente que "bien se guardó el Tribunal de decir cuál es la sucesión a que se vinculan los pretendidos derechos de herencia que por el método de la deducción supone fueron cedidos ni mienta siquiera el nombre del de cujus, ni alude a la vocación y grado y calidad de heredero de los cedentes". A lo cual se observa que es obvio que en una cesión global se comprenden todos los derechos de que los cedentes sean o puedan llegar a ser titulares en relación con tales o cuáles bienes, sin que se requiera citar en particular una causa determinada.

22.—Respecto de la interpretación del contrato, en el sentido de que es una transacción, dice la sentencia:

"Esta renuncia tiene dentro de nuestras instituciones civiles, cuando se declara expresamente, un nombre determinado y una reglamentación especial sobre su validez y consecuencias. Se llama transacción definida por el artículo 2469 del código como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Las escrituras números 353, 355 y 504, habían sido materia de demandas civiles judiciales encaminadas a invalidarlas por parte de René Serrano y Flavio Serrano quienes aún en vida del señor Rivera Escobar demandaron su nulidad. Estas demandas impidieron en un momento dado y demoraron después, la constitución de la sociedad "Ingenio El Papayal Limitada" en que estaban interesadas las dueñas de la hacienda el Papayal. Quienes intervinieron en esas escrituras tuvieron que precaver, porque las sucesivas demandas así lo hacían suponer, que detrás vendrían nuevas demandas intentadas a nombre de otros hijos naturales del señor Rivera Escobar y entonces para precaverse de una vez por todas de nuevos litigios sobre validez de esas escrituras, llegaron a la convención de que dá cuenta la escritura 349 de 5 de marzo de 1948. En ese instrumento los posibles interesados en la declaración de nulidad y entre ellos el actual demandante, reconocieron expresamente la validez de las escrituras atacadas, declararon que eran ciertas y reales las operaciones de ventas contenidas en ellas y renunciaron a toda reclamación para el futuro. Transaron (sic) pues en forma solemne y a título oneroso toda ulterior reclamación y precavieron un litigio eventual que podía presentarse en el futuro, de acuerdo con las autorizaciones contenidas en el artículo 2469 del código civil".

23.—Haciendo referencia al error de hecho alegado en la estimación del contrato, el razonamiento del Tribunal es invulnerable. El error de hecho manifiesto, en materia de estimación o

interpretación del contrato, según doctrina reiterada, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato, como prueba del proceso, se le hace decir lo que no dice, o se le niega lo que dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo, o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas. Si la escritura habla de una renuncia de derechos, de un lado, y del pago de una suma de pesos, del otro, y de su contexto aparece claramente que con ello se trata de precaver un litigio eventual, finalidad sustentada en los hechos antecedentes que menciona el fallo, el sentenciador se sirvió fielmente de tales elementos reales para construir con ellos el concepto de que se trata de una transacción.

No se acogen, por tanto, estos cargos.

SEGUNDO GRUPO DE CARGOS

— I —

Violzción directa del artículo 1755 del C. C.

24.—Se acusa la sentencia de infracción, por falta de aplicación, del artículo 1755 del C. C., por haber aceptado que los otorgantes de la escritura Nº 349 podían ratificar y ratificaron los contratos celebrados mediante los instrumentos públicos Nos. 353, 355 y 504, sin tener ellos la calidad de partes.

Se considera:

25.—El fenómeno de la ratificación sólo es procedente, según el artículo 1755 citado, en materia de actos afectados de nulidad relativa, y de acuerdo con la ley 50 de 1936, también en los viciados de nulidad absoluta, cuando no se origina en un objeto o causa ilícitos. Mas, si terceros interesados en la declaración de una simulación, dicen ratificar, significa simplemente que renuncian al derecho de demandar esa declaración. Las calificaciones de los hechos no hacen los hechos. Ello, fuera de que en el caso presente dijeron, además: a) que conocen las escrituras y les consta la realidad y verdad de los contratos que contienen, esto es, que no son simulados; b) que ceden cualesquiera derechos que tengan o puedan llegar a tener, por cualquier causa, en los bienes a que se refieren las escrituras; y c) que renuncian, por último, a toda reclamación que pudieran llegar a tener contra la validez de los contratos a que se ha hecho referencia. De manera que en el supuesto de que la ratificación careciera de sentido jurídico, el cargo no tendría reflejo en el recurso, debido a la cesión y a la renuncia expresada, motivo por el cual debe desecharse.

— II —

Violación de los artículos 2469, 2483 y 2484

26.—Consiste el último cargo en la infracción, por indebida aplicación e interpretación errónea, de los artículos 2469, 2483 y 2484 del C. C., por cuanto para la sentencia, la renuncia de un derecho que no se disputa —que en este caso es de dominio sobre cuerpos ciertos— es transacción, la cual por esto mismo no está probada, fuera de que no ha sido alegada en el presente juicio.

Se considera:

27.—a) Parece deducirse del párrafo que de la sentencia transcribe el recurrente, que una renuncia equivale a transacción; más, al folio 30 v. del cuaderno 8º, el juzgador expone las razones que le asisten para sostener la tesis de la transacción, razones tocantes a los elementos constitutivos en este caso del referido contrato. La interpretación hecha de éste en la sentencia, no quebranta los textos citados en este cargo, porque con los elementos que trae no puede estructurarse figura jurídica distinta.

b) Hay renuncia evidente, por parte de los otorgantes de la escritura número 349, como atrás se vió; pero, no es específicamente del derecho de dominio sobre los bienes relacionados en las escrituras Nos. 353, 355 y 504 sino de "cualquiera derechos que por cualquier causa y a cualquier título correspondan o puedan llegar a corresponder en cualquier tiempo a los exponentes sobre todos o sobre cualquiera de los bienes descritos y delimitados en los puntos primero y segundo....." Esta renuncia global, por una parte; la suma de pesos recibida por los otorgantes, por otra; y el objetivo de precaver un litigio futuro, apreciación en la cual el juzgador tuvo en cuenta algunas circunstancias antecedentes, son los elementos que el sentenciador analizó y que lo llevan a concluír que el acto jurídico perfeccionado mediante la escritura Nº 349 es una transacción, estimación en la cual no cometió error de hecho, como antes se vió, ni quebranto directo de la ley.

c) La transacción fue alegada, llamándola por su nombre, o invocando únicamente la existencia del contrato contenido en le citado instrumento. Es sabido, por lo demás, que no se requiere alegarla expresamente para que sea declarada. (art. 343 C. J.)

d) Al estimar el sentenciador que se trata de una transacción, consideró que se había celebrado para evitar un litigio o unos litigios posteriores. Ya se ha visto que al estimarlo así no incurrió en error alguno. Por una parte. Por otra, los derechos que los exponentes de la escritura Nº 349 renunciaron o cedieron, relacionados con los contratos, fueron precisamente los que movieron a Serrano a instaurar el presente juicio que es uno de los que se trató de evitar mediante la transacción. Para precaverlo se transigió y para transigir Serrano cedió los tales derechos que pretendía o pudiese pretender, los mismos para cuya efectividad entabló esta litis, no obstante la transacción. De donde se sigue que carece de fuerza el cargo de que el contrato de la escritura Nº 349 no es transacción porque contiene la renuncia de un derecho no disputado, que el recurrente califica de dominio sin el menor apoyo.

No se acoge, por tanto este último cargo.

Resolución

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 de fecha diez y siete (17) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario iniciado por Nelson Serrano contra la sucesión de Francisco Rivera Escobar.

Las costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO.—FALTA DE PERSONERIA EN EL HEREDERO NO DEMANDADO EN JUICIO SOBRE FILIACION NATURAL PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA QUE DECLARA LA PATERNIDAD. — INTERVENCION ADHESIVA LITISCONSORCIAL Y SIMPLE

1—Como la sentencia proferida en juicio sobre filiación natural seguido contra unos herederos del presunto padre no funda la cosa juzgada respecto de otros, éstos no reciben perjuicio con la sentencia que declare la filiación y no hay, por consiguiente, en ellos derecho para intervenir en el juicio dicho y menos aún para interponer recurso de casación contra el fallo cuando no lo han interpuesto los demandados.

2—Siendo así que la coadyuvancia cualificada se basa en un nexo jurídico entre una de las partes y el adversario y que el fallo ha de fundar la cosa juzgada, la función del coadyuvante queda ubicada en la litisconsorcio (de allí su nombre); el coadyuvante es parte autónoma, y tiene capacidad de litis consorte, y de consiguiente goza de las garantías de los litigantes, inclusive de los recursos legales contra las resoluciones del juez.

Por el contrario, fundada la intervención simple en una relación entre el litigante ayudado y el interviniente, éste no es sino un apoyo, una fuerza que coopera con dicha parte, al lado de ésta y en armonía con ella, por tener interés en que el proceso reciba un desenlace favorable, pero no tendría jamás el carácter de parte, ni podría ejercer recursos de parte, ni sobrevivir a la desaparición de la coadyuvada, por desistimiento de ésta, por ejemplo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de hecho interpuesto por Ricarda Garibello de Tafur.

I

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el juicio promovido por Vicente Garibello Zambrano y María del Carmen Garibello Zambrano contra la sucesión de Vicente Garibello Murillo, declarando que aquéllos tienen respecto de éste la condición de hijos naturales.

Dentro del término legal para interponer el recurso de casación contra dicha sentencia la señora Ricarda Garibello de Tafur pidió se la tuviese como parte en el juicio de que se trata, en su calidad de coadyuvante opositora de la demandada, y se le concediera en consecuencia el recurso de casación. Con el fallo expresado la peticionaria acompañó las partidas de estado civil para establecer su calidad de hermana legítima del causante y copia del auto del Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, fechado el 15 de abril de 1953, por medio del cual la solicitante fue reconocida como heredera de Vicente Garibello Murillo.

El Tribunal Superior negó la petición en providencias de 29 de noviembre de 1954 y 24 de enero de 1955, teniendo en cuenta, principalmente, que "la coadyuvancia entraña el apoyo o defensa de las pretensiones de una de las partes, y no puede el coadyuvante por sí solo intentar los recursos establecidos en favor de las partes y de las cuales no haya hecho uso el coadyuvado, por cuanto en esta forma 'no está compartiendo ni defendiendo las pretensiones de ninguna de las partes'. El coadyuvante jamás es parte por sí solo. Coadyuvancia significa ayuda o compañía y en consecuencia el coadyuvante va al lado del litigante al cual se adhirió. Unicamente para interponer el recurso extraordinario de casación solicita el doctor Milciades Cortés la admisión de la señora Ricarda Garibello de Tafur como coadyuvante de la parte demandada, pero aunque el Tribunal aceptara la coadyuvancia, indudablemente tendría que negar el recurso de casación por cuanto la parte coadyuvada no lo interpuso,

dejando en esta forma en firme el fallo de esta corporación, con el cual se conformó. El coadyuvante no tiene personería suficiente para recurrir en esta forma. Si ha de negarse el recurso extraordinario a un coadyuvante admitido como tal en el curso del juicio, mayor razón existe para rechazar el interpuesto en el caso de autos, en que la coadyuvancia se solicita precisa y únicamente para interponerlo, cuando ya la parte demandada no lo ha hecho, estando por tanto en firme la providencia que se quiere recurrir".

La Sala pasa a resolver sobre el recurso de hecho interpuesto, ya que las copias y el escrito sustentatorio fueron presentados en la oportunidad señalada en el artículo 514 del C. J.

II

Según la doctrina jurisprudencial (véanse, entre otras piezas, los fallos de casación de 13 y 28 de mayo de 1935. XLII. 925 y de 23 de septiembre del mismo año XLII. 575; de 29 de marzo de 1938. XLVI. 267; de 21 de septiembre de 1942. LIV bis. 83; Autos de la Sala Civil de Unica Instancia de 21 de noviembre de 1938. XLVII. 373, y 27 de noviembre de 1941. LII. 540; y Autos de la Sala de Negocios Generales, de 30 de noviembre de 1940. L. 219; de 29 de marzo de 1941. LI. 749, y de 29 de marzo de 1949. LXV. 844), la coadyuvancia o intervención adhesiva que admite el artículo 233 del C. J., es **voluntaria** (por oposición a la forzada) y está caracterizada así:

1º—Puede ser: **cualificada** o **litisconsorcial**, o simple.

A) La primera obedece a una relación jurídica directa entre el coadyuvante y la parte contraria, de tal suerte que el fallo ha de repercutir en él, para bien o para mal, necesariamente. En otros términos: cuando la sentencia que haya de dictarse en el juicio funde la cosa juzgada no sólo entre las partes propiamente dichas, sino también respecto de terceros, o de ciertos terceros, se trata de coadyuvancia cualificada o litisconsorcial. V. gr., la sentencia en juicio de estado civil seguido contra legítimo contradictor, produce efectos erga omnes; la dictada en juicio de nulidad del testamento, afecta includiblemente a los legatarios; la proferida en juicio seguido con acción popular, obliga a todos. Quien intervenga en la controversia de filiación seguida contra legítimo contradictor, para impugnar la pretensión del demandante, es un interviniente cualificado, porque existe entre él y el actor —su adversario— una relación jurídica, positiva o negativa, idéntica o semejante a la que existe entre el actor y el reo, que lo sitúa en el mismo puesto de éste y lo identifica con éste, de manera que el fallo va a afectarlos a ambos, por la virtud de la cosa juzgada. Al legatario que coadyuva la causa del heredero en juicio de nulidad del testamento, va a afectarlo la sentencia indefectiblemente, sea que declare o niegue la nulidad.

B) En cambio la intervención **simple** descansa sobre una relación entre la parte coadyuvada y el interviniente. Por ejemplo, en juicio reivindicatorio, el acreedor del actor interviene para ayudar a la demostración del derecho de éste: entre el coadyuvante —acreedor y el demandante— deudor hay una relación de obligación, pero no hay ninguna entre el interviniente y el demandado, y por lo mismo la cosa juzgada no tiene nada qué ver con el coadyuvante.

2º—Siendo así que la coadyuvancia cualificada se basa en un nexo jurídico entre una de las partes y el adversario y que el fallo ha de fundar la cosa juzgada, la función del coadyuvante queda ubicada en la litisconsorcio (de allí su nombre): el coadyuvante es parte autónoma, y tiene capacidad de litis consorte, y de consiguiente goza de las garantías de los litigantes, inclusive de los recursos legales contra las resoluciones del juez.

Por el contrario, fundada la intervención simple en una relación entre el litigante adyuvado y el interviniente, éste no es sino un apoyo, una fuerza que coopera con dicha parte, al lado de ésta y en armonía con ella, por tener interés en que el proceso reciba un desenlace favorable, pero no tendría jamás el carácter de parte, ni podría ejercer recursos de parte, ni sobrevivir a la desaparición de la coadyuvada, por desistimiento de ésta, por ejemplo.

3º—De donde se sigue que el interés del coadyuvante ha de ser "inmediato, directo y vinculado al juicio, o sea un interés jurídico". En lo que atañe a la coadyvanc a **litisconsorcial**, la existencia de ese interés emerge de la cosa juzgada, como sucede respecto de las sentencias proferidas en juicio de estado civil seguido contra legítimo contradictor. En lo atinente a la coadyuvancia **simple**, no hay un factor tan seguro, ciertamente, pero el interés jurídico ha de ser evidente. Tiene interés jurídico el tercer poseedor, para intervenir en el juicio de nulidad o de resolución, coadyuvando la causa de la validez o del cumplimiento del contrato, o porque la sentencia que se dicte puede afectarlo.

III

Vista así brevemente la estructura de la coadyuvancia voluntaria adhesiva del artículo 333 del C. J., corresponde resolver sobre el recurso de hecho pendiente.

1º—El sentenciador de segunda instancia falló declarando la filiación natural de los actores. La declaración se hizo en juicio de ellos contra Obdulia Ballesteros Romero de Garibello, en su calidad de cónyuge sobreviviente de Vicente Garibello Murillo e interesada en la sucesión del mismo.

Se pregunta, entonces, si las sentencias en referencia fundan la cosa juzgada respecto de otros herederos del mismo causante. En caso afirmativo, habría en principio derecho a intervenir en el juicio de investigación de la paternidad; en caso negativo, no habría derecho, porque no cobijando la cosa juzgada a tales parientes, no reciben perjuicio con la sentencia que declara la filiación.

2º—El artículo 479 del C. J. dice:

"Los efectos de la cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas en juicio en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se producen en los términos señalados en el código civil".

Por tanto, si los efectos de la cosa juzgada de las sentencias sobre estado civil de las personas, se producen según lo dispone el C. C., han de tenerse en cuenta los artículos 401, 402, y 403 de esta obra, los cuales son aplicables a los fallos sobre paternidad natural, por mandato del artículo 7º de la ley 45 de 1936. Según estos preceptos, la sentencia sobre estado civil de padre e hijo, causa efectos respecto de todos, siempre que se haya pronunciado frente a legítimo contradictor, el cual, en juicio de paternidad, es el padre contra el hijo, ó el hijo contra el padre, de acuerdo con los artículos 401 y 402 citados.

Ahora bien: el proceso de este caso no lo siguieron los hijos contra el padre, sino los hijos contra la viuda del padre, como tal y como interesada en la sucesión de su marido. Luego no hubo legítimo contradictor en el extremo pasivo de la acción, y de consiguiente, la sentencia no produce efectos respecto de todos, sino respecto a las personas que intervinieron en el juicio, y siendo ello así, a la solicitante no la perjudica el fallo dictado en el juicio seguido por Vicente y María del Carmen Garibello contra la cónyuge supérstite de Vicente Garibello Murillo.

En virtud de estas consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara bien denegado el recurso de casación de que se trata y ordena poner en conocimiento del Tribunal esta resolución, para que conste en autos, como lo dispone el artículo 514 del C. J.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez. — Ernesto Melendro Lugo Secretario.

PRUEBA DEL ANIMO DE SEÑOR O DUEÑO EN EL DEMANDADO EN ACCION REIVINDICATORIA CUANDO ESTE NIEGA SU CALIDAD DE POSEEDOR

1—Como lo ha dicho la Corte: "La diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquella; el ANIMUS DOMINI, pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no. De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada pro indiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando actos en ella que vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión."

2—El mero tenedor no necesita invocar la calidad de poseedor para defender la mera tenencia de que ha sido despojado violentamente, porque el artículo 984 del C. C. le dá derecho para impetrar que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban "sin que para esto necesite probar más que el despojo violento".

3—Según jurisprudencia constante de la Corte, el sólo quebrantamiento de una disposición legal sobre pruebas no es suficiente para casar un fallo por la causal primera, o sea como violatorio de la ley sustantiva. Cuando sólo se cita como infringida una disposición sobre pruebas sin hacer referencia a otras normas sustantivas que se consideran violadas, el cargo resulta ineficaz.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

La demanda.—Salomón Rangel, obrando en su propio nombre y en el de sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba, en demanda contra Saúl Rangel presentada al Juez del Circuito de Barichara, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones: a) Que los demandantes son dueños de un terreno denominado "La Limona y Chuaguete"; b) que el demandado debe entregar a los demandantes el mencionado terreno seis días después de ejecutoriada la sentencia, o en el término que ésta señale; c) que el demandado debe pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

En el escrito de que se trata, después de indicar cómo adquirieron los demandantes el dominio del referido terreno, se expresa: "h).—El demandado Saúl Rangel está poseyendo el terreno a que esta demanda se refiere, sin título de ninguna clase. i).—Hace aproximadamente 12 años (en el término de prueba se demostrará la fecha exacta) Salomón Rangel, injustamente llevado a la cárcel del Socorro y mantenido allí durante varios años por un crimen que no había cometido y del que al fin fue absuelto, se vió en la imposibilidad de administrar sus bienes ni los de las menores hijas María Edilma, Marina y Leonor Rangel Villalba. j).—Por virtud de aquella malhadada circunstancia Salomón Rangel buscó a su hermano Saúl Rangel para que le administrara sus bienes y los de sus citadas hijas y le hizo entrega, simplemente para que los administrara, de la finca de la "Limona y Chuaguete" a que esta demanda se refiere. k).—El demandado Saúl Rangel se ha negado a rendir cuentas de la administración de la finca en referencia, ni a

dar ni en dinero ni en frutos nunca nada por concepto de su producido. I).—El demandado Saúl Rangel se ha negado a devolver la finca en referencia a sus legítimos dueños, o sea Salomón Rangel, quien es el representante legal de sus tres hijas y hoy subrogatario de una de ellas. II).—El demandado Saúl Rangel es un poseedor de la más mala fe, como que ha burlado la confianza que en él depositó su hermano Salomón y además está beneficiándose y pretendiendo usurpar el patrimonio de sus sobrinas menores".

La respuesta.—En ella expresó el demandado por intermedio de su apoderado: "Niego el hecho comprendido en el aparte "h", o sea el que figura en octavo lugar. El señor Pablo Villalba, primitivo dueño del inmueble que se pretende reivindicar, se lo entregó en administración, por tiempo indefinido al señor Saúl Rangel Ortiz; y una vez fallecido el citado señor Pablo Villalba, el demandante señor Salomón Rangel, dejó al mismo señor Rangel Ortiz como administrador del referido inmueble. De esta suerte, mi poderdante ocupa dicho inmueble en virtud de esa administración. Al distinguido en el aparte "i", es cierto y lo admito, como es cierto y lo admito el siguiente, o sea el comprendido en el aparte "j", que ocupa el décimo lugar. Del distinguido en el aparte "k", digo que no es cierto que Saúl Rangel Ortiz, mi mandante, se haya negado a rendir cuentas de la administración de la finca en referencia, como que nadie le ha pedido rendición de cuentas. Tampoco es cierto que se haya negado a entregar dineros, como que le entregó a Salomón Rangel en diversos contados, la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) para imputarlos a lo que hubiera de producir el inmueble. Al configurado en el aparte "l", o sea el que ocupa el duodécimo lugar, contesto que no es cierto que Saúl Rangel Ortiz no se ha negado a devolver la finca, como que nadie se la ha pedido, agregando a nombre de mi mandante que si tal inmueble se lo hubieran pedido, su entrega no la habría efectuado por cuanto resultan a deberle algunas sumas de dinero por concepto de administración, mejoras y otros. Al que aparece en el aparte "ll", o sea el último, digo que lo de la mala fe apenas es una apreciación carente de todo fundamento. Niego, pues, que Saúl Rangel O. esté pretendiendo usurpar el patrimonio de sus sobrinas menores de edad".

Corrección de la demanda.—El demandante corrigió la demanda en el sentido de pedir que se le declarara también dueño de cincuenta y cinco semovientes que existían en la hacienda cuando la recibió el demandado, y que se condenara a éste a la restitución. Por otra parte, introdujo algunas modificaciones a la relación de hechos.

En la **contestación** expuso el apoderado del demandado que éste "en ningún caso, en ningún momento, se ha pretendido dueño del inmueble, ni ha querido desconocer el derecho de dominio que sobre éste llegaron a adquirir y adquirieron María Edilma, Marina y Leonor Rangel Villalba. Su calidad, repito, es y ha sido la de administrador, y no una administración oficiosa, como se asevera en la corrección de la demanda. Y no se ha entregado el inmueble en referencia, es porque antes no se le exigió la entrega y porque hay cuentas pendientes por concepto de mejoras y de administración, pero mi poderdante estaría dispuesto a entregar la finca en cualquier momento en que quedaran arregladas tales cuentas".

Demanda de reconvención.—En ella aparecen pedidas las siguientes declaraciones: a) que los demandados están obligados a pagar a Saúl Rangel nueve mil doscientos cuarenta pesos, o la cantidad que resulte acreditada en autos, por concepto de administración de la finca; b) que los demandados deben pagar al demandante el valor de la administración de esa hacienda; c) que deben pagar al demandante cuarenta y ocho mil doscientos pesos, o la cantidad que resulte acreditada, por concepto de mejoras efectuadas en la finca; d) que los demandados están obligados a pagar al demandante la suma de tres mil pesos con sus intereses, por concepto de un crédito hipotecario cedido al demandante Saúl Rangel, y que consta en escritura 203 de 1931 de la Notaría de Barichara; e) que los demandados están obligados a pagar al demandante dos mil trescientos pesos, por concepto de créditos que se le adjudicaron en el juicio de sucesión de Carlina Villalba de Rangel, a cargo de María Edilma, Marina y Leonor Rangel Villalba; f). que los demandados están obligados a pagar a Saúl Rangel la suma de tres mil pesos, o la que resulte acreditada en autos, por concepto de gastos o expensas realizados por él en la conservación y en las reparaciones de la referida finca; y g) que la suma de seis mil pesos recibida por Salomón Rangel por concepto de producidos de la finca mencionada, debe compensarse con el valor de los frutos que llegare a resultar establecido en favor del nombrado Salomón.

Los demandados se opusieron a las pretensiones expuestas en la demanda de reconvención.

Suspensiónes del juicio.—En varias ocasiones el juicio fue suspendido a petición de los apoderados de las partes. En una de tales ocasiones Salomón Rangel ocupó de hecho la finca.

Juicio posesorio.—Según consta en sentencia proferida el 31 de enero de 1951 por el juez del Circuito de Barichara, Saúl Rangel Ortiz, por medio de apoderado, promovió demanda el día 16 de septiembre de 1950 contra Salomón Rangel y Miguel Ferreira, para que mediante el trámite señalado en el título XXVII del Libro 2º del C. Judicial sobre despojo, se decretara la restitución del inmueble denominado "La Limona y Chuaguete" y se condenara a los demandados al pago de los perjuicios causados por el despojo. Según expresa la mencionada sentencia, en la demanda se expusieron los siguientes hechos: "a) Mi mandante Saúl Rangel estuvo en posesión quieta, tranquila y no interrumpida del predio 'La Limona y Chuaguete', antes descrito, por más de un año, y en mayor tiempo a diez años, del pasado veintidós de octubre para atrás, ejecutando actos propios de un dueño, o de los que sólo da derecho el dominio, tales como el de corte de maderas, la construcción de caneyes para beneficiar tabaco, plantaciones de tabaco, maíz millo y otras; recolección y aprovechamiento de ellas en su favor; empradizada de potreros con pastos; construcción y reparación de cercas; construcción de un acueducto metálico con sus accesorios y su tubería, para servicio de la finca, de dos mil cuatrocientos metros de longitud; pastorear ganados sosteniéndolos en algunos de los potreros de la finca, y otros de significación semejante, encaminados a la explotación económica del suelo, además de arrendar, todo por su cuenta y sin tener que pedirle permiso ni autorización o consentimiento a nadie, mucho menos a los demandados. b) El veintidós de octubre pasado, de 1949, los demandados penetraron o se introdujeron en la finca mencionada y la ocuparon de hecho, acudiendo hasta amenazas, desalojando a Antonio Rangel quien la tenía en calidad de arrendatario, y la tienen actualmente, privando a éste injustamente de la posesión que antes tenía. c) Los actos de despojo fueron efectuados por Salomón Rangel y Ferreira, no obstante tener conocimiento de que Saúl Rangel era el poseedor del inmueble y que éste tenía mejoras importantes en él, como que entonces Salomón adelantaba, como lo está adelantando, un juicio de reivindicación de ese inmueble contra Saúl, el cual demandó en calidad de poseedor, y Ferreira sabía de ese juicio" (C. Nº 8, ff. 3 y ss.).

En el juicio de que se trata, el demandante adujo varias declaraciones de testigos sobre el hecho de la posesión.

El juzgado, en sentencia confirmada por el tribunal, no accedió a las pretensiones del actor por haber encontrado probada la excepción perentoria de prescripción.

La sentencia acusada.—Apelado por ambas partes el fallo dictado por el juzgado en el juicio ordinario, para ante el Tribunal Superior de San Gil, esta corporación, tramitada la instancia, decidió:

"1º—Salomón Rangel y sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba son dueños en común y proindiviso del inmueble denominado 'La Limona y Chuaguete' ubicado en el Municipio de Cabrera y comprendido por los linderos especificados en la demanda y títulos que se exhibieron;

"2º—Absuélvese a Saúl Rangel de la obligación de restituir el inmueble objeto de la demanda por haberse comprobado la ocupación del mismo por la parte demandante;

"3º—Absuélvese al demandado Saúl Rangel de restituir a Salomón Rangel y a sus menores hijas, las cincuenta y cinco reses ejemplares vacunos y aumentos naturales, de que trata la petición tercera del pliego correctivo y aditivo de la demanda (f. 21, C. Nº 8);

"4º—Condénase a Saúl Rangel a pagar a Salomón Rangel y sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba, por iguales partes, la suma de cuarenta y siete mil trescientos ochenta pesos ($ 47.380.00), correspondiente a los frutos producidos por la mencionada finca de "La Limona y Chuaguete" durante el lapso de catorce años comprendidos desde el año de 1935 a 1949;

"5º—Condénase a Salomón Rangel y sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba a pagar a Saúl Rangel la suma líquida de cuarenta y dos mil novecientos noventa y nueve pesos veinte centavos ($ 42.999.20), valor de las mejoras establecidas por Saúl Rangel en el inmueble materia de la controversia y por compensación de pagos anticipados de que se habló en la parte motiva;

"6º—Condénase a Salomón Rangel y sus hijas Marina y Leonor Rangel Villalba a pagar a Saúl Rangel el valor de los impuestos pagados por el predio objeto de la demanda, correspondiente a los años comprendidos entre 1935 y 1949, en cuantía ilíquida, con deducción de la suma de trescientos veintinueve pesos veinte centavos ($

329.20) reconocidos ya en el punto anterior, para cuya efectividad se procederá conforme al art. 553 del C. J.;

"7º—El pago de las prestaciones mutuas de que tratan los numerales anteriores deberá hacerse por las partes dentro del término de un mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia".

En el fallo se lee:

"Es cierto que Saúl, el demandado, a través de todo el juicio ha reconocido por medio de representantes judiciales, que su presencia en la finca es la de administrador y no la de poseedor; que está dispuesto a entregarla a los demandantes en el momento en que le paguen las mejoras que allí estableció y para ello alega el derecho de retención. Ocurre, sin embargo, que por el mes de octubre de 1949, al amparo de la situación anormal que vivía la República y en especial el municipio de Cabrera, Salomón Rangel acudió al alcalde del Municipio y bajo su anuencia ocupó la finca, en momentos en que el juicio estaba suspendido por petición de los abogados de las partes. Meses después, Saúl Rangel instauró contra su hermano juicio especial de despojo y para demostrar su derecho, produjo prueba de carácter testimonial, para comprobar que había venido ocupando la finca en calidad de poseedor, ejercitando en ella actos propios de dueño, a los cuales sólo da derecho el dominio, como construcción de cancyes, cercas, plantación de postes artificiales y sementeras, instalación de acueducto, etc. Esta acción posesoria de despojo no prosperó por haberse intentado fuera de tiempo, según consta en los fallos de primera y segunda instancia, que en copias aparecen en el cuaderno de pruebas de la parte demandante. No deja de ser significativa la dualidad de posición observada por Saúl Rangel en uno y otro juicio, aunciando la nueva modalidad se explica por la ocupación de hecho del demandante, sin que ello permita calificar a Saúl ocupante o poseedor de mala fe. Es cierto que la acción reivindicatoria sólo procede contra el poseedor del bien para que lo restituya a su dueño. Tiene el carácter de poseedor quien lo ocupa materialmente con ánimo de señor y dueño. En el ejercicio de la acción reivindicatoria, estrictamente hablando, hay disputa del derecho de propiedad tanto del demandante como del demandado. Pero ocurre que las normas que regulan el ejercicio y efectividad de esa acción reivindicatoria, se aplican por extensión para aquellos casos de que habla el artículo 971 del C. C. que dice textualmente: "Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Agrega el sentenciador que la restitución del inmueble carece de objeto, y que por lo que hace a las otras peticiones de las demandas, "las partes tienen derecho a esas prestaciones mutuas acabadas de anunciar, según lo estatuye la ley para estos casos, entre otros en los artículos 962, 2155, 2161, 2184 del C. C. y 22 de la ley 200 de 1936".

La Casación

Contra la sentencia formula el demandante varios cargos que la Corte pasa a examinar.

Primero.—Expone el recurrente:

"Para el Tribunal sentenciador, el demandado Saúl Rangel ha sido un simple administrador del predio de 'La Limona' o 'Chuaguete', y nunca ha sido poseedor del mismo predio, y por lo mismo no puede calificarse la mala fe de Saúl Rangel, como poseedor, dado que no ha tenido dicha calidad. El Tribunal sentenciador llega a esta conclusión, en consecuencia de los siguientes errores de hecho, evidentes en los autos:

"a) No haber visto, en cuanto demostrativa de la calidad de poseedor del demandado Saúl Rangel, la prueba consistente en la copia auténtica de la sentencia, pronunciada por el Juez promiscuo del Circuito de Bárichara el 31 de enero de 1951, y por el Tribunal de San Gil el 9 de noviembre de 1951 (folios 8 al 17 del cuaderno Nº 8), en el interdicto posesorio promovido por Saúl Rangel contra Salomón Rangel y otro;

"d) No haber visto como demostrativa de la calidad de poseedor del demandado Saúl Rangel, la prueba consistente en la copia auténtica de la diligencia de inspección ocular practicada en el predio de 'La Limona' o 'Chuaguete', en el interdicto posesorio promovido por Saúl Rangel contra Salomón Rangel y otro;

"e) No haber visto, como demostrativa de la calidad de poseedor del demandado Saúl Rangel, la prueba consistente en las declaraciones de los testigos Dámaso Castillo (f. 5 y v. del C. Nº 8) y Florentino Núñez (f. 7 y v. del C. Nº 8); y

"d) No haber visto como demostrativa de la calidad de poseedor del demandado Saúl Rangel, la prueba consistente en la demanda formulada por éste al promover el juicio posesorio que sustentó contra Salomón Rangel y otro, sobre el

predio de 'La Limona y 'Chuaguete', libelo que aparece transcrito en las sentencias citadas en el aparte a) de este cargo, y por medio de las cuales el Juez Promiscuo del Circuito de Barichara, y el Tribunal de San Gil, calificaron este juicio posesorio.

"Como el sentenciador no vio, en orden a la calidad que Saúl Rangel ostenta como poseedor del predio de "Chauguete" o "La Limona", las pruebas que acabo de enumerar, incurriendo así en este error de hecho evidente, incidió en el consecuencial error de derecho de no ameritar esas pruebas, para atribuirles y reconocerles el valor legal que la ley tiene asignado a ellas, violando así directamente, las siguientes normas sustantivas: el art. 632 del C. J. que asigna el valor de plena prueba a las copias auténticas de las dos sentencias, que el Tribunal omitió calificar; el artículo 730 del C. J. que asigna valor de plena prueba al acta de inspección ocular, que el Tribunal omitió calificar; el artículo 697 del C. J., que asigna el valor de plena prueba a la declaración de los dos testigos hábiles, que el Tribunal omitió calificar; y el artículo 606 en relación con el 604 del mismo C. J., que asigna fuerza de plena prueba a la confesión judicial, consignada en la demanda del interdicto posesorio, que el Tribunal omitió calificar. Así, el error de hecho evidente en el expediente, de no haber visto el sentenciador las referidas pruebas, lo llevó al error de derecho de no ameritarlas, de tal manera que aquí es simultáneo el error de hecho con el error de derecho, y éste último hizo que el sentenciador violara directamente los preceptos sustantivos que acabo de invocar.

"Incidió también el Tribunal sentenciador en el error de derecho de no aplicar al caso del pleito, habiendo debido aplicarlas, las siguientes disposiciones sustantivas, las cuales violó, por ende, con violación indirecta, y por vía de omisión: los artículos 762, 764 y 966 del Código Civil, disposiciones reglamentarias del estatuto de la posesión, y que el Tribunal, por error de interpretación, procedente del error de hecho y de derecho de no ameritar la prueba respectiva, dejó de aplicar, para calificar la calidad de poseedor del demandado Saúl Rangel, infringiendo así, por modo indirecto, las disposiciones sustantivas aludidas.

"Y cuando el Tribunal sentenciador en el punto quinto de la parte resolutiva del fallo que ahora acuso, dispone condenar a Salomón Rangel y sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba a pagar a Saúl Rangel la suma líquida de $ 42.999.20 moneda legal, valor de las mejoras establecidas por Saúl Rangel en el inmueble materia de la controversia y por compensación de pagos anticipados de que se habló en la parte motiva del mismo fallo, es decir, al reconocer a Saúl Rangel derecho a esas prestaciones, está violando, con infracción directa, las normas sustantivas de los artículos 962 y 966 del Código Civil, reguladores de las prestaciones mutuas entre reivindicante y poseedor vencido.

"Concreto así este cargo: el Tribunal sentenciador, en resultas del error de hecho evidente que cometió, al no ver y no ameritar las pruebas que acreditan que Saúl Rangel es poseedor del inmueble reivindicable fatalmente, consecuencia de este error de hecho y de derecho; y de las violaciones de la ley sustantiva que antes analicé, llega a cometer el error de derecho, evidente, de no considerar a este demandado como poseedor de mala fe, infringiendo así, por errónea interpretación, los artículos 768, 764 y 780 del Código Civil, en relación con los preceptos de los artículos 962 y 966 de la misma codificación. Veámoslo. el demandado Saúl Rangel sostuvo acción posesoria contra el demandante Salomón Rangel, sobre el mismo predio "La Limona" o "Chuaguete" y alegando y probando su calidad de poseedor del inmueble, reclamó para sí interdicto restitutorio de esa posesión. Como el mismo Saúl Rangel, en la demanda de reconvención, se presenta como simple administrador del predio, por cuenta de Salomón Rangel, la posesión que alega y que ostenta es necesariamente una posesión de mala fe".

La Corte considera:

Que, como lo ha expresado en otra ocasión, "la diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquélla; el animus domini, pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no. De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando actos en ella que vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si

esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión".

Que el demandante, en la demanda, le atribuyó la calidad de poseedor al demandado y que si éste, en la respectiva contestación, lo mismo que en la demanda de reconvención, manifestó no tener tal carácter, es lo cierto que en el juicio posesorio promovido contra el demandante expresó, en forma inequívoca, el ánimo de dueño, es decir, el carácter de poseedor;

Que no puede aducirse, en contra de lo anterior, la consideración de que el demandado se vió obligado a asumir tal actitud debido a la circunstancia de haber sido privado de la tenencia de la hacienda en forma irregular, porque para defender la simple tenencia no necesitaba, en manera alguna, invocar la calidad de poseedor; en efecto: conforme al artículo 984 del Código Civil, "todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior", y de acuerdo con el artículo 1117 del Código Judicial, "al juicio que se promueva por un mero tenedor para recuperar la tenencia de que ha sido despojado, o para que no se le turbe en el ejercicio de su derecho, o para que se le dé seguridad contra un temor fundado, se le dá la tramitación señalada para los juicios posesorios";

Que es poseedor de mala fe quien transforma o convierte un título de mera tenencia en posesión: en el caso controvertido, el demandado, después de recibir la finca en calidad de simple administrador, resolvió asumir el carácter de poseedor;

Que, por consiguiente, el sentenciador, al no calificar al demandado como poseedor de mala fe, infringió las disposiciones legales citadas por el recurrente;

Que el cargo de que se trata es eficaz respecto de la condenación a cargo de los demandantes, contenida en el ordinal 5º de la parte resolutiva del fallo que, en este punto debe casarse;

Que al declarar fundado este cargo, queda la Corte dispensada de examinar otras acusaciones que, respecto de esta parte del fallo, formula el recurrente.

Segundo.—Se refiere este cargo no sólo a la parte del fallo ya examinada, sino a la condenación, a cargo del demandante, contenida en el ordinal 4º de la parte resolutiva, sobre frutos.

En concepto del recurrente, el fallo viola el artículo 721 del Código Judicial al no atribuirle el valor de plena prueba al dictamen uniforme y debidamente fundamentado de dos peritos, sobre avalúo y regulación en cifras numéricas de los frutos de la finca y de las mejoras que se dicen realizadas en ella. "Es tan evidente el error de derecho en que incurre el sentenciador, que llega prácticamente a desechar la prueba pericial, para atribuírse la facultad de determinar, como juzgador, esos valores, y esto por interpretación errada del parágrafo del artículo 721 que se refiere, so pena de llegar al absurdo, al evento en el cual haya desacuerdo en todos los dictámenes periciales, y en manera alguna al caso del dictamen uniforme explicado y debidamente fundamentado de dos peritos".

Sobre lo cual se observa que según jurisprudencia constante de la Corte, el solo quebrantamiento de una disposición legal sobre pruebas no es suficiente para casar un fallo por la causal primera, o sea como violatorio de la ley sustantiva. Cuando sólo se cita como infringida una disposición sobre pruebas sin hacer referencia a otras normas sustantivas que se consideren violadas, el cargo resulta ineficaz.

Sentencia de instancia.

Para dictarla se considera:

1—La condenación relacionada con el pago de frutos, contenida en el ordinal 4º de la parte resolutiva del fallo acusado, queda vigente por no haber prosperado el cargo que, por este aspecto, se formuló contra el mencionado fallo.

2—En relación con las prestaciones a cargo de los demandantes, se observa:

a) En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios invertidos en producirlos (artículo 964 del Código Civil). En el juicio se pidió a los peritos que avaluaran los gastos de administración de la finca durante el tiempo en que estuvo en poder del demandado;

uno de los peritos principales, en dictamen al cual adhirió el perito tercero, avaluó tales gastos en siete mil pesos, suma en la cual quedó incluída la cantidad pagada por concepto de impuesto predial. La Corte, al fallar en instancia, no encuentra motivos para separarse de ese dictamen. Por otra parte, no cree que sea el caso de reconocerle al demandado honorarios como administrador, dada la circunstancia de haber sido calificado como poseedor de mala fe;

b) El poseedor vencido no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, pero sí lo tiene respecto de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa. Al respecto aparece comprobado que el demandado construyó cercas, a uno y otro lado de la carretera, cuyo valor fue estimado por los peritos en mil doscientos treinta pesos;

c) Está comprobado que Saúl Rangel entregó a Salomón Rangel, en diversas partidas, la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos, durante el tiempo en que aquél tuvo la finca en su poder; tal suma le debe ser abonada al demandado.

3—Lo dispuesto en los ordinales 1º, 2º, 3º y 7º de la parte resolutiva del fallo, queda en firme ya que al respecto no se formuló ninguna acusación.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) Casar la sentencia acusada;
b) Revocar el fallo de primera instancia;
c) Fallar el pleito así:

1º—Salomón Rangel y sus menores hijas Marina y Leonor Rangel Villalba son dueños en común del inmueble denominado "La Limona y Chuaguete", ubicado en el Municipio de Cabrera y comprendido dentro de los linderos especificados en la demanda y en los títulos traídos al juicio;

2º—Absuélvese a Saúl Rangel de la petición de restituir el inmueble objeto del litigio, por haberse demostrado que la parte demandante ocupa tal finca;

3º—Absuélvese al demandado Saúl Rangel de restituir a Salomón Rangel y a sus menores hijos, los cincuenta y cinco semovientes y sus aumentos naturales de que trata la petición tercera de la corrección y adición de la demanda;

4º Condénase a Saúl Rangel a pagar a los demandantes, por iguales partes, la suma de cuarenta y siete mil trescientos ochenta pesos, correspondientes a los frutos producidos por la finca del litigio durante el lapso de catorce años, comprendidos entre 1935 y 1949;

5º—Condénase a los demandantes a pagar a Saúl Rangel la suma de doce mil seiscientos treinta pesos, valor de gastos de administración, expensas necesarias y pagos anticipados de que se habló en la parte motiva;

6º—El pago de las prestaciones mutuas de que tratan los ordinales anteriores lo harán las partes dentro del término de un mes, contado a partir de la notificación del auto en que el juzgado del conocimiento ordena obedecer y cumplir lo resuelto en esta providencia;

7º—Sin costas en las instancias;

8º—No hay lugar a costas en el recurso.

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

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

EL ACCIONISTA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DISUELTA Y LIQUIDADA NO QUEDA LIBRE DEL PASIVO SOCIAL POR LA SOLA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL LIQUIDADOR NO PROVEYERA AL PAGO DE LAS DEUDAS, ANTES DE DISTRIBUIR BIENES ENTRE LOS ACCIONISTAS

Es característica la responsabilidad de los herederos por las deudas hereditarias a prorrata de sus cuotas (artículo 1411 del Código Civil), como es ineludible para el accionista de sociedades anónimas disueltas y liquidadas una responsabilidad de la misma índole por las deudas sociales, con la limitación, muy clara por demás, de que no los son exigibles sino hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la partición, siempre que por otro aspecto sus acciones se encontraran íntegramente pagadas como aportante al capital común.

Y así como al heredero no le valdría para eximirse del pago de las deudas el hecho de que el partidor no hubiese formado lote o hijuela para atenderlas, según los artículos 1393 y 1343 del Código Civil, del propio modo el accionista no puede quedar libre del pasivo social, por la sola circunstancia de que el liquidador no proveyera al pago de las deudas, antes de distribuir bienes entre los accionistas. Las reglas de la partición así lo exigen tanto en las sociedades como en las herencias: no hay masa divisible mientras no se deduzca el importe de las deudas, y el no proveer a satisfacerlas, en nada afecta el interés de quienes no han sido partes en el acto de liquidación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Por sentencia del 18 de mayo de 1943, la Corte, al invalidar el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Cali en el juicio adelantado por el Tejar de Santa Mónica, S. A. contra la Sociedad Urbanizadora Colombiana y el Municipio de Cali, resolvió así:

"1º—El predio perteneciente a la sociedad anónima Tejar de Santa Mónica, no está obligado a soportar y recibir los derrames o desagües de aguas sucias que vienen de la urbanización del Barrio Granada. Por ese motivo, se ordena a la sociedad demandada, Sociedad Urbanizadora Colombiana, suspender tales desagües, quedando obligada a recoger en su totalidad las aguas negras y conducirlas de manera que no derramen en el predio de la entidad actora.

"2º—La sociedad demandada antes nombrada debe pagar a la entidad actora los perjuicios que le ha causado por tales derrames de aguas sucias, teniendo en consideración las bases y elementos señalados en la parte motiva de este fallo. Dicha estimación se hará al darle cumplimiento, en la forma determinada en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º—Se absuelve al Municipio de Cali de todos los cargos formulados en este juicio.

"4º—Declárase no probadas ninguna de las excepciones propuestas por la entidad demandada al contestar el libelo.

"Sin costas ni en las instancias ni en el recurso".

Dentro del trámite previsto por el citado artículo 553 del Código Judicial, el Juzgado 4º en lo Civil del Circuito de Cali, en proveído del 8 de octubre de 1944, aprobó la liquidación de perjuicios en la suma de $ 594.000.

Mas, antes de dictarse el fallo de la Corte, la Sociedad Urbanizadora Colombiana, que se declaró disuelta el 2 de agosto de 1937, vino a quedar definitivamente liquidada por escritura pública 1825 de 30 de octubre de 1939, Notaría 2ª de Cali.

Con estos antecedentes, el Tejar de Santa Mónica, S. A. demandó a Carlos A. Sardi G., para que en su condición de accionista de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, fuese condenado a pagar la parte proporcional sobre aquella deuda de $ 594.000 en concreto, según las demostraciones del proceso, o en abstracto, para su señalamiento ulterior, en conformidad con el mismo artículo 553 del Código Judicial.

El Juez del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Cali, desató la controversia el 5 de agosto de 1950, en el sentido de encontrar probada la "excepción

perentoria de petición de modo indebido y antes de tiempo"; mientras que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en su sentencia del 27 de septiembre de 1954, después de revocar el fallo de primera instancia, resolvió:

"Absolver, como en efecto absuelve al demandado, señor Carlos A. Sardi G., de todos los cargos de la demanda, por no haber probado la parte actora los hechos de que se ha hecho mérito en la parte pertinente de esta misma providencia.

"Sin costas".

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante. Se invoca la causal 1ª, y se presentan cuatro cargos que, en realidad, constituyen uno solo por la forma en que vienen expuestos y de acuerdo con la síntesis con que el recurrente concluye.

Se alega que el demandado Sardi G. en posiciones dentro del juicio, confesó el hecho de ser accionista de la Sociedad Urbanizadora Colombiana a tiempo de su liquidación en 30 de octubre de 1939; que según certificado de la Cámara de Comercio de Cali, en el acta de 2 de agosto de 1937 correspondiente a la asamblea general de accionistas que decretó la disolución y liquidación de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, aparece Carlos A. Sardi como poseedor de 37 acciones; que en la escritura de liquidación, número 1.825 de 30 de octubre de 1939, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cali, se le hizo adjudicación de varios solares en la Urbanización de Bellavista al mismo Carlos A. Sardi G., con el carácter de accionista, y sin embargo el Tribunal pronunció sentencia absolutoria con violación, entre otras normas, de los artículos 1º del Código de Comercio, 2488 y 2141 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los citados elementos probatorios, por lo que el sentenciador infringió también las disposiciones que regulan el mérito de la confesión y de los instrumentos públicos para demostrar la verdad judicial.

Estima el recurrente que reconocido por Sardi el hecho de ser accionista de la empresa a tiempo de su liquidación, nada impide señalar la proporción en que le corresponde atender al pago de la deuda a cargo de la sociedad, desde luego que el importe de lo que le fue adjudicado está en la misma razón con el monto de los bienes distribuidos, que su parte en la deuda con la cantidad integral a que asciende. Y que si bien, la Sociedad Urbanizadora Colombiana se liquidó al mismo tiempo y en el mismo acto de Urbanizaciones S. A., el cálculo no varía, por cuanto el patrimonio de las dos sociedades se confunde, desde luego que el 99,99 por ciento de las acciones de la última pertenecía a la primera y en tal forma que la liquidación se hizo conjuntamente.

De la sentencia acusada se transcriben los siguientes apartes:

"Con la presentación de la copia de la sentencia pronunciada por la H. Corte Suprema de Justicia y de los demás documentos sobre estimación y aprobación de la cuantía de los perjuicios, ha quedado demostrado en los autos la obligación a cargo de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A. y a favor de Tejar de Santa Mónica, S. A., como lo afirma el demandante. Del mismo modo, y en lo que concierne a la calidad de socio que se atribuye al demandado Carlos A. Sardi G. en el tiempo a que se refiere el libelo, obran las confesiones del nombrado doctor Sardi G., al contestar las posiciones *primera* y *segunda* del interrogatorio que se le formuló en el pliego respectivo y de lo que aparece en el acta de la asamblea general de accionistas de la Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., con motivo de la reunión de 2 de agosto de 1937, reconocida también en la posición *tercera*. Igualmente se ha acreditado la disolución y liquidación de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A., con el extracto de la escritura pública número 1.631 de 2 de diciembre de 1937, citado en el punto 5º del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali, el 11 de marzo de 1947, lo mismo que el hecho de que aquella liquidación y la de la sociedad Urbanizaciones, S. A., se hicieron conjuntamente, al tenor de la escritura pública número 1.825, de 30 de octubre de 1939, pasada en la Notaría 2ª de Cali, como lo ratifica la copia de dicho instrumento que obra en el expediente. Por último, y no obstante haber constancia de que al demandado se le adjudicaron varios bienes raíces en la llamada Urbanización Bellavista, ubicada en Cali (escritura pública número 1.825, de 30 de octubre de 1939, pasada en la Notaría 2ª de Cali), con imputación expresa de que tales adjudicaciones se le hacían como socio de las dos sociedades que se liquidaban, el hecho es que por la propia confesión del demandante y por lo que aparece de autos sin contradicción alguna, aquella liquidación se hizo en especie; esto es adjudicando a sus socios varios inmuebles (al socio Sardi G., una manzana y otros lotes en la Urbanización Bellavista), bajo el concepto de que tales bienes pertenecían a ambas sociedades, sin distinción entre las dos y sin determinar el valor de los bienes, ni el número y valor de las acciones que cada socio poseía al tiempo de la liquidación, como se reconoce en los hechos 9º y 10º de la demanda, hasta crear la dificultad o imposibilidad de que tra-

ta el hecho 11º de la misma. Por el contrario, dentro del plenario no existe prueba eficaz acerca de que el demandado hubiera tenido un determinado número de acciones el día 2 de agosto de 1937, en que se decretó la disolución y liquidación de Sociedad Urbanizadora, S. A., ni el número y valor de las acciones que pudiera poseer el mismo demandado al momento de otorgarse la escritura pública número 1.825, de 30 de octubre de 1939, de la Notaría 2ª de Cali, como tampoco respecto de la identidad de los bienes adjudicados al doctor Carlos A. Sardi G., en la liquidación de Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A., con los que esta Compañía pudo tener en la última fecha indicada, como pasa a demostrarse: No lo primero, porque el certificado de la Cámara de Comercio acerca de que se registró el acta número 12 de 2 de agosto de 1937, según la cual en ese día se decretó la liquidación de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A., y se nombró liquidador al doctor Enrique Holguín Garcés, con intervención del doctor Carlos A. Sardi como poseedor de 37 acciones, no forma convicción en este caso sobre este último hecho, ya que las pruebas de esta clase deben resultar de la misma escritura de disolución y liquidación, y cuando los certificados de las Cámaras de Comercio sólo tienen la virtualidad que se le asigna restrictivamente en los artículos 40, 41 y concordantes de la Ley 28 de 1931; tampoco lo segundo, porque no pudiéndose aceptar el hecho anterior, ni suponer su vigencia en el momento de otorgarse la escritura pública número 1.825, de 30 de octubre de 1939, ya citada, ninguna prueba lo respalda y ésa es la situación que acepta el demandante en los hechos 9º y 10º del libelo; y mucho menos el tercer punto, porque no hay manera de establecer la identidad entre el inmueble llamado Urbanización Bellavista, cuya alinderación se desconoce, y al cual pertenecen los inmuebles adjudicados al doctor Carlos A. Sardi G., con el predio que la Compañía Urbanizadora Colombiana aportó al constituirse la Sociedad Urbanizaciones, S. A., por ser imposible la confrontación con el lote de terreno original a que dicen referencia los puntos 3º, 4º y 5º del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Cali".

SE CONSIDERA:

Así como las deudas no se extinguen por la muerte del deudor, la liquidación de la sociedad anónima no es modo hábil en derecho para que desaparezcan los créditos pasivos a cargo de la persona jurídica que fenece. Donde está el interés para suceder en los bienes, allí mismo se encuentra la carga de las deudas.

Por virtud del artículo 1º del Código de Comercio, las normas del Código Civil se aplican en las cuestiones mercantiles no previstas o que no puedan decidirse por analogía de las disposiciones de aquel estatuto, lo que encuentra razón suficiente en la estructura de las leyes civiles como síntesis del derecho común.

Lo tocante a la supervivencia de las deudas y manera de hacerlas efectivas después de terminado el proceso de liquidación de las sociedades anónimas, no es materia regida expresamente por el Código mercantil. Es necesario, entonces, recurrir a las previsiones del derecho común para resolver las dificultades de orden práctico que suelen presentarse en cuestiones de la mayor importancia, por estar vinculadas a la tutela jurídica, como guardián del orden público y las buenas costumbres en puntos sobre los cuales reposa la confianza general.

Dentro de la organización del contrato de sociedad según los principios civiles, se encuentra el artículo 2141 del respectivo Código, donde se lee:

"Artículo 2141.—Disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que componen su haber.

"Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios, y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social, y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título".

Es característica la responsabilidad de los herederos por las deudas hereditarias a prorrata de sus cuotas (artículo 1411 del Código Civil), como es incluible para el accionista de las sociedades anónimas disueltas y liquidadas una responsabilidad de la misma índole por las deudas sociales, con la limitación, muy clara por demás, de que no les son exigibles sino hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la partición, siempre que por otro aspecto sus acciones se encontraran íntegramente pagadas como aportante al capital común.

Y así como al heredero no le valdría para eximirse del pago de las deudas el hecho de que el partidor no hubiese formado lote o hijuela para atenderlas, según los artículos 1393 y 1343 del Código Civil, del propio modo el accionista no puede quedar libre del pasivo social, por la sola circunstancia de que el liquidador no proveyera al pago de las deudas, antes de distribuir bienes entre los accionistas. Las reglas de la partición así lo exigen tanto en las sociedades como en las herencias: no hay masa visible mientras no se deduzca el importe de las deudas, y el no proveer a satisfacerlas, en nada afecta el interés de quienes no han sido partes en el acto de la liquidación.

En el caso que se juzga hay evidencia procesal acerca de que Carlos A. Sardi tenía el carácter de accionista de la Sociedad Urbanizadora Colombiana a tiempo de su liquidación, porque así lo confesó lisa y llanamente; acerca de que esa sociedad fue condenada a pagar perjuicios a Tejar de Santa Mónica, S. A., por la suma de $ 594.000, porque basta leer la sentencia de la Corte y piezas conducentes a la ejecución; acerca de que al mismo Sardi G. se le adjudicaron determinados bienes a título de accionista en la liquidación conjunta de la Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A. y Urbanizaciones S. A., porque así brilla en la escritura 1.825 de 30 de octubre de 1939, Notaría 2ª de Cali; acerca de la confusión de patrimonios entre estas dos sociedades, porque así lo muestra a la luz del día, no sólo el hecho de ser liquidadas en esa forma conjunta, sino también la escritura de constitución de Urbanizaciones, S. A., número 1.397 de 19 de octubre de 1937, Notaría 2ª de Cali, en que su capital de $ 9.212, dividido en 46.060 acciones de $ 0.20 cada una, fue pagado por la Sociedad Urbanizadora Colombiana hasta concurrencia de 46.042 acciones, es decir, todo el capital, salvo la suma insignificante de $ 0,20 para cada una de las doce personas que suscribieron y pagaron una acción, y de $ 1.20 por el valor de 6 acciones que quizás quedarían en cartera.

Hay evidencia entonces también acerca de que al pago de la deuda insoluta está obligado a contribuir Sardi G. a prorrata de lo que se le adjudicó en la liquidación social, porque si aparece allí que no se hizo señalamiento alguno sobre el valor de los bienes distribuídos ni sobre el número de acciones de cada uno de los beneficiarios, el justiprecio de esas cosas sí es determinable por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, y la proporción en que se encuentre la cuota a cargo del demandado se desprende con evidencia por matemáticas elementales, así:

El valor en que sea estimado el total de los bienes distribuídos por la escritura 1.825 de 30 de octubre de 1939, Notaría 2ª de Cali, es al valor en que sea estimada la hijuela del socio Carlos A. Sardi G., según la misma escritura, como la suma de $ 594.000 es a X. La estimación de valores debe hacerse para la fecha en que se verificó la liquidación.

El cargo, en consecuencia, se encuentra fundado, y las razones expuestas sirven a la Sala para motivar el fallo de reemplazo.

Cuanto a la doctrina, ya había dicho la Corte:

"Por una disposición abstracta, el artículo 2141 del Código Civil, el legislador asimila la partición de los bienes sociales a la partición de las sucesiones en cuanto no repugne a la naturaleza de aquéllas. Y en materia de sucesiones la destinación de bienes al pago del pasivo es imperiosa, al punto de que su omisión por el partidor lo hace responsable de los perjuicios que reciban los acreedores, según el artículo 1394 ibidem. Ahora, si bien es cierto que el artículo 2141 contempla únicamente las sociedades civiles y no las comerciales, también lo es que el principio que lo inspira es de simple equidad y de justicia, de tal manera que se atentaría contra el buen sentido y el equilibrio legal, al darle a ese principio un carácter excepcional, quitándole todo influjo en el dominio de la liquidación de sociedades comerciales. A que se agrega que de otro lado el artículo primero del Código de Comercio dispone la aplicación del Código Civil a las cuestiones comerciales que no estén previstas o no puedan ser resueltas por analogías de los preceptos de aquel Código". (Casación, 11 de julio de 1930, **Gaceta Judicial**, Tomo 48, pág. 397).

Y en el mismo fallo, después de aludir a la doctrina de varios autores franceses, expuso:

"Entre nosotros es notoria también la ausencia de disposiciones reguladoras del pago de los créditos insolutos contra la sociedad anónima, después de consumada su desaparición por la liquidación. Corresponde pues a la doctrina definir el punto. Para lo cual no sería desacertado y antes sí muy conforme con el ancho derrotero de interpretación científica indicado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 acerca de la manera de resolver los casos en que no exista ley exactamente aplicable para aceptar la doctrina de que el acreedor, después de clausurada la liquidación tiene el derecho de perseguir individualmente a cada ex-accionista hasta concurrencia de las sumas o de los valores que éste haya retirado de la liquidación en proporción a sus acciones; sin perjuicio naturalmente de la acción personal de responsabilidad contra el liquidador o liquidadores, en caso de culpa. Esto está de acuerdo con el principio de equidad y de razón de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa ajena. El accionista que retira de la liquidación sus participaciones antes de la completa extinción del pasivo, indudablemente se enriquece a costa de los acreedores. Impónese también el principio de que la asignación que se le haga al accionista en la masa social con igual anticipación, quebranta y desconoce el derecho de prenda de los acreedores sobre todo el patrimonio de la sociedad, a más de que desnaturaliza las finalidades de la liquidación, por cuyo motivo configura un verdadero pago de lo no debi-

do, que debe ser reembolsado a quien agravia, el acreedor, en la medida de lo indebido.

"Los dos principios anotados, en armónica conjunción, conducen necesariamente a admitir como cierto e indiscutible el expresado derecho de los acreedores para perseguir a quienes en la partición figuraron como postreros accionistas de la sociedad anónima, con el fin de hacer efectivos sus créditos. Derecho que existe individualmente contra todos y cada uno de quienes fueron accionistas y recibieron prematuramente cuotas del producto del activo social; sabrá el acreedor a quién o a quiénes escoge; contra cuál o cuáles se dirige a fin de obtener el pago de la obligación". (Ibidem, págs. 388 y 389).

Comoquiera que aparecen probadas las condiciones de la acción, resultan ineficaces las excepciones opuestas por el demandado bajo los nombres de carencia de acción, ilegitimidad de la personería del demandado, petición de modo indebido, ineficacia y nulidad de la obligación que se demanda.

Cuanto a la de prescripción, es también inoperante: tratábase de crédito sometido al evento incierto de la litis primitiva entre Tejar de Santa Mónica, S. A. y la Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A., por manera que no puede tomarse como punto de referencia para el lapso extintivo de cinco años la disolución de la sociedad, sino, como lo tiene previsto el inciso 2º, artículo 545 del Código de Comercio, el momento en que el crédito se hizo cierto a favor de Tejar de Santa Mónica S. A., por virtud del fallo proferido por la Corte en 18 de mayo de 1943. De manera que como el libelo inicial del presente juicio fue objeto de notificación al demandado el 18 de diciembre de 1946, no hubo lugar a que el crédito prescribiera. En lo que respecta a la petición antes de tiempo, que además se invocó, es claramente contradictoria con la prescripción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 27 de septiembre de 1954, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revoca la de primera instancia, y en reemplazo, RESUELVE:

Primero.—Condénase a Carlos A. Sardi G. a pagar a Tejar de Santa Mónica, S. A., la parte proporcional que le corresponda en la cantidad de $ 594.000 como accionista y adjudicatario de bienes de la extinguida Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A.; cuota que, junto con sus intereses legales del seis por ciento anual desde el 18 de diciembre de 1946 hasta que se verifique el pago, se calculará dentro del procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial sobre las bases que expresa la parte motiva de la presente sentencia, y sin que en ningún caso por principal e intereses exceda el valor de lo que Sardi G. recibió por medio de la escritura pública número 1.825 de 30 de octubre de 1939 otorgada en la Notaría 2ª de Cali, estimado el valor para esa misma fecha.

Segundo. — No prosperan las excepciones propuestas.

Tercero. — Sin costas ni en las instancias ni en casación.

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

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Tardo Dávila — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

CUANDO EXISTE UN DOCUMENTO QUEDA DESCARTADA LA NOCION DE SOCIEDAD CIVIL DE HECHO.— LA SOCIEDAD ENTRE PERSONAS NO COMERCIANTES PARA LA PRODUCCION DE GANADOS NO ES COMERCIAL. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1—Para el caso de aplicar la causal 2ª del artículo 520 del C. J., no tiene interés hacer consideraciones sobre las tesis expuestas por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, desde luego que el imperio del sentenciador se manifiesta en la parte resolutiva del fallo.

Los errores en que haya podido incurrir el Tribunal en la parte motiva del fallo y que lo llevaron a concretar su determinación en la parte resolutiva de la sentencia, pueden ser motivo de acusación por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, pero en ningún caso dan lugar al recurso fundado en la causal segunda del mismo texto legal, porque esta causal sólo procede cuando el sentenciador decide sobre puntos ajenos al litigio, o cuando deja de resolver sobre algo que fue materia del pleito, porque se condene a más de lo pedido, o finalmente, porque el sentenciador no hubiera considerado, para fallar, alguna excepción perentoria oportunamente alegada.

2—No es sociedad de tipo comercial la celebrada entre dos personas no comerciantes y para negocios de producción de ganados, que no son actos de comercio, ya que esa actividad está excluida expresamente de la calificación de los actos de comercio, según lo enseña el artículo 22, inciso 4º, del Código de Comercio.

En cambio, es sociedad comercial la que tiene por objeto ocuparse en la compra de ganados para levantarlos o para cebarlos y luego revenderlos, derivando así utilidades para repartir, aunque los socios no sean comerciantes. Es decir, para determinar si la sociedad es civil o comercial, debe tenerse en cuenta, principalmente, el objeto sobre que versan los negocios sociales.

3—Cuando existe un documeto escrito, queda descartada la noción de sociedad civil de hecho, porque en estas sociedades el hecho del consentimiento se acredita por medio de inferencias; pero cuando existe el documento, entonces el instrumento escrito es lo que viene a demostrar la existencia de la sociedad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Jesús Bernal y Angélica Rosas, hicieron constar por medio de documento privado suscrito en Sogamoso el día seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939), la celebración del siguiente contrato:

"..... El primero vende a la segunda setenta reses vacunas, de cría, de año arriba, que tiene en su fundación denominada 'Macolla de Guafa', ubicada en jurisdicción del municipio de Orocué, ganado que está marcado con el hierro del tres (3). El precio de esta venta es el de la cantidad de mil cuatrocientos pesos ($ 1400.00), a razón de veinte pesos ($ 20.00) por cabeza, suma que la compradora pagó al vendedor y éste recibió a su satisfacción. La compradora deja los animales mencionados en poder del vendedor, en calidad de compañía, en esta forma: Bernal hace todos los gastos de sostenimiento y administración de tales semovientes y la compradora Rosas reconoce a Bernal la tercera parte del ganado macho que produzcan dichas reses, el valor de dicha tercera parte en dinero. En caso de que la compradora quiera vender el ganado que es objeto de este contrato, tiene obligación de darle aviso a Bernal, quien tiene derecho a ser preferido en igualdad de precio, de modo que la venta no se efectúa sino cuando Bernal manifieste que no lo compra al precio que se le haya ofrecido a la compradora. En constancia firmamos el presente documento por duplicado y ante testigos en Sogamoso, a seis de octubre de mil novecientos treinta y nueve. Jesús Bernal E., rogado de Angélica Rosas. José Miguel Pinzón. Testigo, Lisandro Plazas R. Testigo, Félix Castro".

Este documento fue reconocido por Jesús Bernal ante el Juez Primero en lo Civil del Circuito de Sogamoso y obra en el expediente presentado con la demanda.

Angélica Rosas demandó a Jesús Bernal, ante el Juez Primero del Circuito en lo Civil de Sogamoso, para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan por el juez las siguientes declaraciones:

"**Primero.** — Que está disuelta la sociedad o compañía constituída para la cría de ganados, por Jesús Bernal y Angélica Rosas, mediante contrato suscrito por ellos el día seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939) en la ciudad de Sogamoso.

"**Segundo.** — Que por consiguiente, debe llevarse a término la liquidación y partición del haber social de acuerdo con las cláusulas del contrato respectivo.

"**Tercero.** — Que al proceder a la liquidación y cómputo de las utilidades e intereses y para llevarla a cabo, se tomen en cuenta las siguientes bases: a), el número, edad y calidad y demás condiciones de las reses vacunas aportadas al negocio por la señora Angélica Rosas; b), el rendimiento anual, porcentual y ordinario de los ganados de cría que ocupan la fundación 'Macolla de Guafa', ubicada en jurisdicción del municipio de Orocué o en su defecto, el rendimiento promedio anual, porcentual y ordinario de los ganados de cría que ocupan las fundaciones circunvecinas a la mencionada de 'Macolla de Guafa'; c), el término de duración de la compañía constituída por Jesús Bernal y Angélica Rosas; d), el precio unitario corriente que tenga el ganado llanero de cría al tiempo de la liquidación.

"**Cuarto.** — Que en la partición se adjudique a mi poderdante su cuota respectiva por concepto de capital aportado, utilidades del negocio e intereses en cabezas de ganado vacuno de cría de las que existan en el punto o fundación denominada 'Macolla de Guafa', de la jurisdicción del municipio de Orocué o en su defecto en dinero corriente, con cargo al señor Jesús Bernal de satisfacerla al ejecutoriarse la sentencia que ponga fin a este litigio.

"**Quinto.** — Que prevenga a las partes designen de común acuerdo un liquidador partidor, con la advertencia de que en caso de desacuerdo, lo designará el juzgado.

"**Sexto.** — Que si el demandado se opusiere a esta demanda, debe pagar las costas del juicio.

"O subsidiariamente:

"Primero.—Que es absolutamente nulo el contrato de sociedad o compañía constituída para la cría de ganados por Jesús Bernal y Angélica Rosas, que consta en documento suscrito el día seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939), en la ciudad de Sogamoso.

"Que por consiguiente, debe llevarse a término la liquidación de las operaciones anteriores a la declaratoria de nulidad, con sujeción a las normas que regulan el cuasi contrato de comunidad"

Las peticiones que contienen los apartes tercero, cuarto, quinto y sexto de las peticiones subsidiarias, son iguales a las contenidas en los numerales tercero, cuarto, quinto y sexto de las peticiones principales.

El juez de primera instancia absolvió al demandado de los cargos de la demanda, en sentencia que lleva fecha veintidós (22) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), la sentencia que fue apelada por la parte actora ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. La segunda instancia fue resuelta por el Tribunal, mediante el fallo de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, sentencia que revocó la emanada del juez de primera instancia y resolvió:

"Primero: Declárase disuelta la sociedad o compañía constituída para la cría de ganados por Jesús Bernal y Angélica Rosas mediante contrato suscrito por ellos el día seis de octubre de 1939 en la ciudad de Sogamoso.

"Segundo: Como consecuencia, procédase a la liquidación y partición del haber social, de acuerdo con las cláusulas del contrato respectivo.

"Tercero: Que al proceder a la liquidación ordenada, se tenga en cuenta el concepto de los peritos que actuaron en la segunda instancia y que de común acuerdo rindieron sus dictamen, o sean los señores Alberto Plata y Carlos Esguerra, teniéndose en cuenta, naturalmente, lo que de acuerdo con el contrato deba corresponderle al socio Bernal, y las bajas que, según las pruebas, haya sufrido el ganado materia de la sociedad.

"Cuarto: Que en la partición se le adjudique al demandante lo que le corresponda, bien en

ganado del que pasta en la fundación denominada 'Macolla de Guafa', de propiedad de Jesús Bernal, o su valor equivalente en dinero, teniéndose en cuenta los descargos que Bernal demuestre comprobados.

"Quinto: Que de común acuerdo las partes deben designar un partidor, con la advertencia de que en caso contrario lo designará el juzgado".

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia que se trascribe, y llegados los autos a la Corte, se cumplió la tramitación propia del recurso, el que procede a resolverse, previas las consideraciones siguientes:

La demanda de Casación

El recurrente alega como fundamento de su demanda las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial, dice:

"I.—Primera causal de casación: a) Violación de la ley sustantiva. Bajo esta causal de casación acuso la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por tres motivos principales, a saber: 1º, por infracción directa de la ley sustantiva; 2º, por interpretación errónea de la ley sustantiva; 3º, por aplicación indebida de textos sustantivos. También acuso la sentencia por errores de derecho en la interpretación del contrato que sirve de prueba principal.

"Segunda causal.—La sentencia en su parte resolutiva no está en consonancia con las pretensiones de la demanda".

Se estudian, en seguida, los cargos que hace el recurrente para atacar la sentencia, y se principia por la causal segunda, ya que si el cargo fundado en esta causal prosperara, sería inútil entrar en el estudio de los cargos restantes.

En su demanda de casación dice el recurrente, refiriéndose al cargo fundado en la segunda causal enunciada:

"La sentencia en su parte resolutiva no está en consonancia con las pretensiones de la demanda. En efecto, la parte petitoria de la demanda como se ha dicho muchas veces en este recurso, está estructurada sobre dos pedimentos fundamentales: a), disolución de una sociedad civil constituída consensualmente por medio de un contrato. En efecto, el primer pedimento principal de la demanda dice lo siguiente: "Que está disuelta la sociedad o compañía constituída para la cría de ganados por Jesús Bernal y Angélica Rosas, mediante contrato suscrito por ellos el día seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939) en la ciudad de Sogamoso.

"Por esta razón en los fundamentos de derecho el actor apoya su libelo en el título XXVII del C. C., relativo a la sociedad. En ninguna parte se destaca como prevalente el artículo 2083 relativo a la existencia de sociedades de hecho. Ni en el texto de la demanda ni siquiera en los alegatos el abogado de la parte actora se refirió a la sociedad de hecho y a la forma de su liquidación. Por el contrario se estimó desde un principio que se trataba de una sociedad civil constituída consensualmente y por tal motivo antes de presentar la demanda se desarrolló el procedimiento relativo a la renuncia de la señora Angélica Rosas a dicha sociedad. b). **Cuasi contrato de comunidad.**—La sección dedicada en el libelo a las súplicas subsidiarias está encaminada a obtener que se declare la existencia de un cuasi contrato de comunidad, y a que se tomen las medidas conducentes para su división.....

"En consecuencia, con las súplicas principales de la demanda, el actor solicitó la aplicación del título XVIII del Libro II del C. de P. C., relativo al juicio ordinario. Olvidó en cambio pedir para las súplicas subsidiarias la aplicación del artículo 2334 del C. C. en función del artículo 1134 del C. de P. C. Así hubiese obrado el actor habría hallado que en su (sigue una palabra ilegible) era inepta puesto que combinada y acumulada en un solo juicio dos acciones que se tramitan por procedimientos diferentes, la primera adscrita al juicio ordinario y la segunda regida por el juicio especial divisorio. La inepitud de la de la demanda ha debido conducir a su inadmisibilidad como así lo pidió el representante del demandado al contestar el traslado correspondiente. De todo lo que se tiene dicho se demuestra que la demanda no enfocó el problema sobre la base de la existencia de una sociedad de hecho. En consecuencia, al resolver en la parte resolutiva de la sentencia que se trata de una sociedad de hecho, se está fallando en discordancia con los pedimentos de la demanda".

Se considera:

Las razones que expone el recurrente podrían aducirse en un alegato de instancia para sustentar el incidente de excepciones dilatorias, pero en ningún caso para fundamentar un cargo en casación. Además, es suficiente leer la parte resolutiva de la sentencia para convencerse que el Tribunal falló en armonía con los pedimentos principales del libelo, que consistían en pedir la disolución y la consiguiente liquidación de la so-

ciedad o compañía de que dá cuenta el contrato que aparece suscrito por Jesús Bernal y Angélica Rosas el día 6 de octubre de 1939 en la ciudad de Sogamoso; la sentencia resolvió declarar disuelta esa compañía o sociedad y ordenó proceder a su liquidación. De tal suerte que el fallo está en un todo de acuerdo con las peticiones principales de la demanda. No tiene interés, para el caso de aplicar la causal del numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, hacer consideraciones sobre las tesis expuestas por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, desde luégo que el imperio del sentenciador se manifiesta en la parte resolutiva del fallo.

Los errores en que haya podido incurrir el Tribunal en la parte motiva del fallo y que lo llevaron a concretar su determinación en la parte resolutiva de la sentencia, pueden ser motivo de acusación por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, pero en ningún caso dan lugar al recurso fundado en la causal segunda del mismo texto legal, porque esta causal solo procede cuando el sentenciador decide sobre puntos ajenos al litigio, o cuando se deja de resolver sobre algo que fue materia del pleito, o porque se condene a más de lo pedido, o finalmente, porque el sentenciador no hubiera considerado, para fallar, alguna excepción perentoria oportunamente alegada. Ninguno de estos eventos se contemplan en el caso sub-judice y por consiguiente el cargo que se estudia debe rechazarse.

CARGOS FUNDADOS EN LA CAUSAL 1ª DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL

1º—Por infracción directa de la ley sustantiva.

Violación directa de la ley sustantiva. "El artículo 2083 del C. C. ha sido violado de manera directa como quiera que se aplicó a un hecho no demostrado dentro del juicio ni alegado por la parte actora. En efecto, la demanda está estructurada sobre la base de pedir de una parte la liquidación de una sociedad que se dice haberse formado por medio de un contrato escrito y las peticiones subsidiarias de la demanda que van encaminadas a dividir los bienes afectados por un cuasi-contrato de comunidad. En consecuencia, la aplicación del artículo 2083 del C. C. a un hecho inexistente dentro del debate probatorio y ni siquiera enunciado en los pedimentos de la demanda, ni siquiera en sus hechos, constituye una violación directa de la ley, puesto que se entra a forzar un texto absolutamente claro para aplicarlo a un hecho jurídicamente inexistente en el debate".

Se considera:

Al examinar este primer cargo contra la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, se impone hacer el estudio sobre el objeto principal del litigio trabado entre Angélica Rosas y Jesús Bernal, y que tiene como base principal el contrato suscrito entre las partes el día seis de octubre de mil novecientos treinta y nueve en la ciudad de Sogamoso, y que se trascribió atrás; y es necesario hacer ese estudio, porque de las conclusiones a que se llegue sobre el citado contrato se deducirá si realmente la sentencia del Tribunal está dictada en contravención a las disposiciones legales, y entonces prospera el recurso de casación, o si, por el contrario, tal sentencia no adolece de los errores que les atribuye el recurrente y por lo mismo debe sostenerse.

Ante todo es preciso decir que el documento privado suscrito entre las partes y que obra en el juicio, tiene el valor de escritura pública respecto de quienes los suscribieron, toda vez que aparece legalmente reconocido por Jesús Bernal a petición de Angélica Rosas; se trata, por lo tanto, de un instrumento que hace plena prueba entre las partes en litigio.

En tal documento dijeron los otorgantes: que Angélica Rosas deja en poder de Jesús Bernal setenta reses, con un precio de mil cuatrocientos pesos m/cte.; en calidad de compañía; Bernal recibe esos semovientes que pastan en su fundación llamada "Macotá de Guafa" y hace todos los gastos de sostenimiento y de administración; Bernal tendrá derecho a la tercera parte del ganado macho que produzcan las setenta reses, bien en ganados o en el valor en dinero que tuvieren las reses a que Bernal tiene derecho Angélica Rosas puede vender los ganados pero Bernal tiene opción para adquirirlos en igualdad de condiciones de precio. No se estipuló plazo ninguno para la duración del contrato.

El Tribunal analiza el contenido del contrato y dice, en síntesis:

La convención que recoge el documento privado, no está afectada de ningún vicio que demerite su natural alcance jurídico y por lo tanto tiene que surtir los efectos que la ley asigna a esta clase de convenciones; el contrato que expresa el documento, debidamente estampillado y reconocido judicialmente por Bernal, es un contrato sinalagmático, oneroso, consensual y con-

mutativo, que tiende a crear expresas obligaciones a cargo de las dos partes "y por reunir los requisitos señalados en el artículo 1502 del Código Civil tiene la fuerza necesaria para que cada una de ellas obtenga de la otra el cumplimiento de sus respectivas obligaciones"; las partes contratantes son personas legalmente capaces, ambas consintieron en las declaraciones de voluntad que aparecen recogidas en el documento; su consentimiento no adolece de ningún vicio, por no estar probado lo contrario en el proceso; el contrato recayó sobre un objeto lícito y no hay prueba de que obedeciera a una causa ilícita.

"La impugnación que Bernal hace contra el contenido sustancial del documento arriba trascrito, es decir, que no hubo en el fondo el contrato de compañía allí indicado por cuanto la Rosas no pagó el dinero que se estipuló, no se halla fortalecida por medios probatorios de ninguna especie, de forma que contra lo expresado en tal documento no puede tener acogida la aseveración de Bernal. Esto nos lleva a concluir que tiene plena vigencia dicho instrumento privado y la declaración de voluntad que en él se recogió expresamente, con tanto mayor razón cuanto que el propio estatuto civil que nos rige, en su artículo 1761, le asigna a un instrumento privado debidamente reconocido, el valor de escritura pública respecto de las personas que lo han suscrito".

Estas afirmaciones del Tribunal son exactas y se encuentran en un todo de acuerdo con las prescripciones legales y con los principios de derecho que invoca en la sentencia.

Viene, en seguida, el examen que hace el Tribunal sobre la naturaleza del contrato expresado en el documento, y dice:

"La parte demandante, por conducto de sus representantes ha sostenido a lo largo de sus intervenciones, que se trata de un contrato de sociedad de carácter civil; pero que si se desestima esta tesis, es claro, como la luz del día, que se trata de una sociedad de hecho, cumplidos como se hallan todos sus requisitos. La parte demandada, en cambio, argumenta en todos los tonos en torno a su invocación de que no están reunidos los presupuestos para que se ameriten las anteriores tesis, meollo de la acción".

Y continúa la sentencia:

"La sociedad o compañía, dice el artículo 2079, es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u 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 distinta de los socios individualmente considerados. El artículo 2081 del mismo estatuto expresa que no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.

"Fijando la estructura de las normas sustantivas anteriores sobre el concepto esencial de sociedad en general, podemos agrupar los elementos de que se compone tal contrato, en los siguientes caracteres propios:

"1º—Es bilateral, pues impone obligaciones a todos los individuos que en él intervienen;

"2º—Es conmutativo, porque las prestaciones de una parte se consideran equivalentes, en su valor, a las prestaciones de la otra;

"3º—Es oneroso, por cuanto comporta beneficios para las partes que concierten su voluntad en el contrato;

"4º—Es consensual, porque, salvo algunas excepciones, para perfeccionarse no requiere solemnidad alguna, ni aún la formal entrega del aporte;

"5º—Por regla general esta clase de contratos se celebra **intuito personae**, exceptuando siempre la sociedad anónima, en que lo esencial que la distingue es el capital y no las personas de los tenedores de acciones;

"6º—Que haya un aporte, esto es, que cada socio se obligue a aportar algo, ya consista en dinero o en efectos, ya en una industria, trabajo o servicio apreciable en dinero. Pero —como lo dice el profesor chileno Alessandri— no es la entrega misma del aporte el requisito fundamental porque la sociedad no es un contrato real; lo que se exige es que se estipule un aporte, que los socios se obliguen a poner algo en común para formar el fondo común;

"7º—Que haya repartición de beneficios, como quiera que el fin de la sociedad es el lucro pecuniario de los socios, fin que sirve para distinguir esta institución de las corporaciones o entidades o fundaciones que tiene por objeto obras de beneficencia. De suerte que si no hay participación de beneficios, no hay sociedad, como lo ordena el inciso 2º del artículo 2081 del C. C.;

"8º—Intención de formar sociedad, esto es, de crear una entidad o persona distinta de los socios, sin lo cual no podría haber sociedad. Este elemento es el llamado por los romanos **affectio societatis**, pues desde los albores del derecho se le consideraba esencial para la estructuración del

tal contrato. El consentimiento para formar la sociedad debe estar exento de vicios, ser serio y no simulado, y perseguir un objeto y causa lícitos.

"No sobra advertir que en opinión de la Sala, en el evento procesal contemplado, el objeto que se propusieron Bernal y la Rosas no fue ejecutar operaciones comerciales, aunquanto eventualmente fuera necesario ejecutar algunos actos de comercio, sino mas bien destinar los bienes materia del contrato a la industria pecuaria, para lograr aumento en la cría de ganados, lo que implica la afirmación de que para constituírse la sociedad no era necesario hacerlos **ad solemnitatis** (sic) (escritura pública y registro del extracto en la respectiva Cámara de Comercio), porque no se trataría de sociedad comercial.

"Sobre estas bases; indispensables se hace confrontar los anteriores presupuestos jurídicos con la realidad actuante en el presente negocio, para sacar conclusiones acertadas.

"El contrato celebrado entre Bernal y Angélica Rosas de que dá cuenta el documento cimental de la acción, es bilateral, puesto que impone obligaciones recíprocas; es conmutativo, porque las prestaciones de la señora se consideran equivalentes a las de Bernal; es oneroso, por cuanto allí se determinan los mutuos beneficios; es consensual, porque para su obligatoriedad, basta el simple consentimiento; conlleva aportes por cada uno de los contratantes pues la Rosas aparece aportando setenta reses y Bernal la actividad industrial o administración del negocio junto con los pastos de sostenimiento. El hecho de que el ganado no hubiera salido del fundo de Bernal, no contradice la realidad del aporte pactado y hecho por la Rosas pues si le compró y pagó los setenta semovientes de que habla el documento, bien podía o haberlos sacado de tal finca o, como pactaron, dejárselos a Bernal como aporte a una compañía o sociedad, de cualquier naturaleza que fuese, con mutuas obligaciones determinadas. No está ausente la repartición de beneficios, toda vez que la Rosas reconoce a Bernal la tercera parte del ganado macho que produzcan dichas reses, o el valor de dicha tercera parte en dinero, subentendiéndose que el resto del producido sería para la otra socia. Finalmente, no puede desconocerse la **affecio societatis** o intención de formar sociedad, porque la naturaleza del convenio así lo indica y sobre todo porque sobre tal punto hubo declaración quirografaria expresa. Si no fuera esto evidente, qué significaría entonces esta frase escrita en el documento: "La compradora deja los animales mencionados en poder del vendedor, **en calidad** de compañía"? Y qué es una compañía civilmente entendida? Pues una sociedad, ya que conforme al artículo 2079 del C. C., estos dos términos son sinónimos.

"Como en tratándose de toda sociedad es inexcusable la presencia de los elementos comunes y fundamentales que caracterizan esta clase de contratos, y vimos ya que en el evento de autos los elementos que los distinguen se hallan acreditados inconfundiblemente, porque se trata de operación entre dos personas; se especificó el aporte de cada una de ellas; se perfiló la persecución de ganancias para dividirlas entre los socios; se especificó la partición de los beneficios, y se expresó la colaboración económica en las actividades por desarrollar, esto es, la **affectio societatis**, no queda decidir si se trata de una sociedad colectiva civil o simplemente de una sociedad de hecho".

Hasta aquí el análisis que el Tribunal hace del contrato celebrado entre Jesús Bernal y Angélica Rosas, no merece ningún reparo y no acusa ninguna equivocación en el sentenciador, ni de hecho ni de derecho. En efecto: aprecia con toda claridad el contenido del contrato, aplicando con sano criterio las disposiciones legales que en el Código Civil reglamentan el contrato de sociedad; advierte, con toda razón, que no se trata de una sociedad de tipo comercial, y en esto está lo cierto, toda vez que el contrato se pactó entre personas no comerciantes y para negocios de producción de ganados, que no son actos de comercio, ya que esa actividad está excluída expresamente de la calificación de los actos de comercio, según lo enseña el artículo 22, inciso 4º del Código de Comercio, que dice así:

"No son actos de comercio: las ventas que hacen los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados".

Si se tratara de una sociedad para ocuparse en la compra de ganados para levantarlos o para cebarlos y luego revenderlos, derivando así las utilidades para repartir, se trataría de una sociedad de comercio, pese a que los socios no sean comerciantes, es decir, que para determinar si la sociedad es civil o comercial, debe tenerse en cuenta, principalmente, el objeto sobre que versan los negocios sociales. Pero se equivoca el Tribunal, cuando al calificar si se trata de una sociedad colectiva civil o simplemente de hecho, dice: "no es colectiva, porque para que esta clase de sociedad se establezca, es necesario que la

administración corra a cargo de todos los socios por sí mismos, y en el evento procesal que nos ocupa, la administración y cuidado de los semovientes fue encomendada únicamente a Bernal. Tampoco puede admitirse la estructuración de ninguna otra de las sociedades civiles consagradas, ni menos las de tipo comercial, luego resta ver si se cumplen los requisitos para aceptar la sociedad de hecho. Ya observamos que se cumplen en el caso actual los requisitos comunes de toda sociedad, y que en relación con el tipo de sociedad de hecho, además, tenemos: que se trata de una serie coordinada de hechos de explotación común; que se cumplieron actos por parte de Bernal y la Rosas, tendientes a la consecución de beneficios; que la colaboración para el negocio se planeó en un pie de igualdad, pues ninguno de los dos ha estado con respecto al otro en estado de dependencia proveniente, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquier otra especie de convención que implicara para uno de los socios el percibimiento de salario o sueldo, pues, al contrario, se pactó la obtención de beneficios mutuos, en las proporciones a que alude el documento en cita y de que ya se habló. Y por último, que no se trata en el presente caso de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda o conservación no guarda de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener mutuos beneficios, como ya se dijo. Con lo anterior podemos afirmar que no cabe duda en cuanto que se trata de una sociedad de hecho, máxime cuando es explícita la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto. Basta citar, fuera de las que en síntesis trascribe en su alegato final de segunda instancia el doctor Jacinto Rodríguez Suárez, lo que anota el doctor Orozco Ochoa en su obra "Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia", y referida a la página 281 del tomo XXIV de la Gaceta Judicial, en la cual se dijo:

"El convenio por el cual uno de los contratantes le entrega a otro un cierto número de reses para un negocio o que éste debe administrar en participación con aquél, constituye una sociedad de hecho; y el dueño de las reses tiene derecho a que se liquiden las operaciones y a sacar su parte. Siendo absurdo condenar a un individuo a que mantenga propiedades suyas en poder de terceros, sin que se le dé cuenta del manejo ni le reconozca siquiera el dominio que sobre ellas tiene, hay que concluir que dicho negocio es una sociedad de hecho".

"No habiendo duda sobre el particular, es bueno poner de resalto que tal sociedad debe ser disuelta, porque, a defecto de cláusula especial que fijara el término de duración de la citada compañía, este (sic) puede ser liquidada cuando uno de los socios la denuncie, es decir, cuando haga expresa manifestación ante el juez competente, de que no consiente en la continuación de la misma, y que provoca su liquidación, lo que aconteció en el caso sub judice, como puede verse al folio 4 del Cuaderno Nº 1".

"Se pone de manifiesto que el Tribunal ha confundido los conceptos en cuanto se refiere a la sociedad de hecho: considera que lo pactado entre Jesús Bernal y Angélica Rosas es una sociedad de hecho, por cuanto que, según los términos de la sentencia, no es colectiva porque la administración no corre a cargo de todos los socios y tampoco puede considerarse como ninguna otra de las sociedades civiles que consagra el Código Civil, y concluye opinando que se trata de una sociedad de hecho. Y esto no es exacto, por las siguientes razones:

El fenómeno de la sociedad de hecho se presenta en una de estas dos situaciones:

Primera, cuando al contrato le faltan uno o varios de los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho y que por esa misma falta la sociedad no alcanza a tener ese carácter. Tal cosa sucede en las sociedades de tipo comercial, que para que tengan el carácter de sociedades es preciso que se cumpla por los contratantes una serie de requisitos que la ley exige, para que la sociedad tenga su plena vida como sociedad de derecho, y que cuando se omiten, degenera en sociedad de hecho. Esto quiere decir que la persona jurídica que se pretendió crear por el contrato no ha tenido existencia como tal, pues le hace falta el cumplimiento de algunas de las condiciones que son indispensables para que esa persona nazca a la vida del derecho.

Esta situación no se presenta sino en el caso de sociedades comerciales, porque en tratándose de esa clase de sociedades, el contrato que las origina es solemne, por disposición expresa del legislador; en las sociedades civiles no se exigen solemnidades especiales para que el contrato se perfeccione; vale decir: el contrato de sociedad civil no es solemne y sí lo es el de la sociedad comercial.

Segunda, cuando la sociedad se origina por la concurrencia de las actividades de dos o más personas en una misma explotación y tales activida-

des constituyen una serie coordinada de operaciones que llevan implícito el consentimiento de trabajar en compañía; en estos casos la sociedad se establece por los hechos y por eso se denomina sociedad de hecho; pero es preciso que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; que se persiga la obtención de beneficios; que las personas presten su colaboración en un pie de igualdad y que no se trate de un estado de simple indivisión, sino de verdaderas actividades encaminadas a la obtención de utilidades.

En estas sociedades de hecho el consentimiento se acredita por medio de inferencias; pero cuando existe un documento escrito, queda descartada la noción de sociedad civil de hecho, porque entonces el instrumento escrito es lo que viene a demostrar la existencia de la sociedad.

En el caso **sub-judice** no puede decirse que se trata de una sociedad de hecho por cuanto existe el contrato escrito en que las partes manifiestan su intención de formar una sociedad, o como dice el documento, "en calidad de compañía"; están determinados los aportes de los dos socios, por parte de Angélica Rosas las setenta reses y por parte de Jesús Bernal, el valor de los gastos y las labores de administración y cuidado de esos semovientes, y cosa muy importante, el valor que está representado en los pastos de que los semovientes deben alimentarse, toda vez que las setenta reses quedan pastando en la propiedad "Macolla de Guafa" del contratante Bernal; se determina la participación que corresponde a los socios sobre los productos del capital aportado en semovientes por la Rosas y se estipula que la administración corre a cargo de Jesús Bernal, cosa perfectamente ceñida al derecho, desde luego que en la sociedad colectiva no es indispensable, como lo estima el Tribunal, que la administración quede a cargo de todos los socios, pues el artículo 2087 del Código Civil, enseña que la sociedad sea civil o comercial, puede ser colectiva en comandita o anónima. La sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí o por una mandatario elegido de común acuerdo y el artículo 2097 del mismo código dice:

"La administración de la sociedad colectiva puede conferirse a uno o más de los socios; sea por el contrato de sociedad o por acto posterior unánimemente acordado".

En el caso que se estudia, la administración quedó a cargo de Jesús Bernal por estipulación contenida en el contrato.

Se contempla, pues, el caso de un contrato de sociedad civil, no de hecho, formada por Angélica Rosas y Jesús Bernal, sociedad en la que no se especificó plazo para su duración y entonces debe aplicarse el artículo 2134 del Código Civil que establece que la sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios, que fue precisamente lo que hizo Angélica Rosas, como se ve de la actuación que aparece a los folios 5 y 6 del cuaderno número 1 del expediente.

Estas consideraciones se hacen para demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al considerar como de hecho la sociedad pactada entre las partes en litigio. Pero esta equivocación del Tribunal en nada contraría la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto declara disuelta la sociedad y ordena su liquidación.

El Tribunal no aplicó el artículo 2083 del Código Civil, pues tal disposición ni aparece citada en la sentencia, ni de los considerandos en ella contenidos puede deducirse que el Tribunal la aplicara; por el contrario: el Tribunal estimó que existía una sociedad, que calificó equivocadamente como sociedad de hecho, pero que podía subsistir como tal y le aplicó las normas legales conducentes al caso de disolución y liquidación de la sociedad cuando se presenta el evento contemplado en el artículo 2134 del Código Civil.

Como consecuencia de lo dicho hasta aquí, se deduce que el cargo formulado por el recurrente y que consiste en la violación directa del artículo 2083 del Código Civil, no puede prosperar y por lo tanto, se rechaza.

CARGO POR INFRACCION DIRECTA POR FALTA DE APLICACION DE LOS TEXTOS RELATIVOS AL MANDATO

Hace consistir este cargo en lo siguiente: como en la súplica subsidiaria de la demanda se pide que se declare absolutamente nulo el contrato de sociedad o compañía constituida para la cría de ganados por Jesús Bernal y Angélica Rosas, y el Tribunal no aceptó tal súplica por cuanto reconoció la validez del contrato, entonces ha debido darle aplicación a las disposiciones legales que regulan el contrato de mandato, y como así no lo hiciera, violó, principalmente los artículos 2142, 2143, 2149, 2158 y 2189 del Código Civil, disposiciones que se refieren expresamente al contrato de mandato.

Sobre la base cierta de que se trataba de un contrato de sociedad civil de hecho, según el fallo, no se ve cuál es la razón para que el Tribunal tuviera que aplicar al caso **sub-judice** las

reglas que se refieren al contrato de mandato, porque estos dos actos jurídicos son absolutamente diferentes, y en el caso que se estudia, el contrato mismo, que es la fuente de las obligaciones recíprocas entre las partes, es de compañía y no de mandato. Es cierto que la administración del negocio queda a cargo del socio Bernal, pero esto no quiere decir que él sea mandatario de Angélica Rosas, porque entró a administrar negocios no de Angélica Rosas sino de la sociedad. Cómo puede hablarse de mandato cuando Jesús Bernal aporta al negocio sus pastos, su industria y los gastos de cuidado y administración de los semovientes que aportó Angélica Rosas?

Lo dicho es suficiente para rechazar este cargo.

CARGO CONSISTENTE EN LA VIOLACION DE LOS ARTICULOS 2081, 2083 Y 2095 DEL CODIGO CIVIL

Dice el recurrente que el Tribunal no aplicó estos artículos en la parte resolutiva de la sentencia.

No se encuentra ningún fundamento legal para que pueda prosperar este cargo, pues el Tribunal al decretar la disolución y la consiguiente liquidación de la sociedad, sólo indicó normas para llevar a cabo tal liquidación, las que en ningún caso tienen el carácter de obligatorias para el liquidador. Dice la sentencia que al hacer la liquidación deberán tenerse en cuenta "los dictámenes periciales que obran en el expediente" pero esta apreciación del Tribunal en nada puede obligar al liquidador, pues por una parte, apenas se dice que se tengan en cuenta esos dictámenes, sin darles carácter de obligaciones, y por otra, el acto de la liquidación es una consecuencia de la orden de liquidar la sociedad, lo que debe cumplirse de conformidad con la ley, y aún en juicio distinto si las partes no se ponen de acuerdo en la tal liquidación.

El recurrente insiste en afirmar que la tercera parte del ganado mucho que produzcan las setenta reses aportadas por la Rosas le corresponden a Bernal para retribuírle los gastos de administración, y esto no es exacto, porque esa participación que el contrato señala a Bernal son las utilidades que a él le corresponden como socio que aportó no sólo su industria, sino el pasto y los gastos de administración del negocio. El cargo no tiene asidero legal y debe rechazarse.

CARGO CONSISTENTE EN VIOLACION DE LOS ARTICULOS 1602, 1603 y 1618 DEL C. C.

Lo hace consistir el recurrente, según sus palabras, en "como quiera que el contrato sobre que versa el litigio no ha sido invalidado, el Tribunal ha debido darle plena aplicación a ese contrato en la sentencia con base en el artículo 2142 del Código Civil que rige el contrato de mandato. Pero en todo caso, si el Tribunal insistió, como en efecto lo hizo, en que se trataba de una sociedad, ha debido darle aplicación al artículo 1603 que le obligaba a incluír, en todas las estipulaciones particulares, las características legales del contrato respectivo. El artículo 1618 fue violado como quiera que la sentencia recurrida no se atuvo a la intención de los contratantes claramente manifestada en el documento que obra al folio 2 del cuaderno 1º".

En la fundamentación del cargo no toca para nada el artículo 1602 del Código Civil, que anuncia como violado, y se reduce a decir que el Tribunal ha debido aplicar los artículos 1603, 1618 y 2142 del mismo Código, insistiendo, en cuanto al artículo 2142, que se trata de un contrato de mandato, y respecto a los artículos 1603 y 1618, porque el Tribunal no los aplicó.

Este cargo no tiene ninguna validez, porque el recurrente no enuncia ni intenta demostrar el concepto de la violación de las disposiciones que cita como infringidas.

Por lo tanto, se rechaza el cargo.

MOTIVO SEGUNDO DE LA CAUSAL 1ª

Aplicación indebida del artículo 2083 del Código Civil, y aplicación indebida de los artículos 1612 y 1613 ibídem.

En este cargo vuelve el recurrente a insistir en la tesis que ha planteado en casación, y que no fue ni siquiera enunciada en las instancias, de que se trata de un contrato de mandato y no del contrato de sociedad. Al examinar el primero de los cargos formulados en casación, se dejó dicho cómo el Tribunal no violó directamente ese artículo, y ahora es preciso decir que el Tribunal tampoco violó la ley por indebida aplicación del texto enunciado, porque no se trata de mandato conferido por Angélica Rosas a Jesús Bernal. Las razones para esta conclusión están expuestas atrás.

Tampoco ocurre el caso de aplicación indebida de los artículos 1612 y 1613, porque en la parte resolutiva de la sentencia no se alude en ninguna

forma la indemnización de perjuicios, toda vez que el Tribunal ordenó la disolución y la consiguiente liquidación de la sociedad y se limitó a expresar, sin que ello indique que entró en el terreno de los perjuicios, algunas normas que debían tenerse en cuenta para la liquidación. Es claro que ese punto de vista del Tribunal no quiere decir que sea obligatorio para practicar la liquidación de la sociedad, el dictamen pericial, pues el liquidador encuentra en la ley las normas que debe aplicar al caso de la liquidación de una sociedad. La sentencia no tiene ninguna conexión en al parte resolutiva con los artículos citados por el recurrente, como indebidamente aplicados.

TERCER MOTIVO DE LA CAUSAL 1ª DE CASACION

Interpretación errónea de la ley. Violación de los artículos 2087 y 2097 del Código Civil.

Consiste este cargo en que el Tribunal dijo en la parte motiva de la sentencia que no se trata de una sociedad colectiva de comércio, porque en el contrato se dijo que la administración quedaba a cargo del socio Bernal y que como en la sociedad colectiva la administración debe estar a cargo de todos los socios, entonces la sociedad Rosas-Bernal no es colectiva; y argumenta el recurrente: los dos artículos citados dicen que en la sociedad colectiva la administración pueden ejercerla todos los socios o un mandatario elegido de común acuerdo o confiarse a uno o más de los socios. Como el Tribunal dijo que esto no es así, violó, por interpretación errónea los dos artículos citados del Código Civil.

Se considera:

Ya se dejó establecido cuál fue el error de apreciación en que incurrió el Tribunal a este respecto y se dijo que aún aceptando ese error cometido en la parte motiva de la sentencia, la equivocación en nada incide sobre la parte resolutiva del fallo. Y no prospera el cargo en casación, porque en el supuesto de que tal error incidiera sobre la parte resolutiva del fallo, si éste se casara, la sentencia de instancia se dictaría ordenando la disolución y la liquidación de la sociedad, que fue lo que el Tribunal ordenó.

Tampoco prospera este cargo.

Interpretación equivocada del artículo 2041 del del Código Civil, porque se le relacionó con las indemnizaciones previstas en los artículos 1602 y 1603 del Código citado.

Dice así la demanda de casación:

"Se interpretó equivocadamente la disposición anterior (artículo 2041 del Código Civil) puesto que se le relacionado (sic) con las indemnizaciones previstas en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil. La disolución y liquidación de una sociedad y la distribución o repartición de los objetos muebles o inmuebles que existan, no necesita experticio ni el numeral 3º de la sentencia recurrida (sic) que así aparece llegal" (sic).

No es valedero este cargo, porque la sentencia no dijo nada respecto de perjuicios y porque las normas a que se refiere para la liquidación, no tienen el carácter de obligatorias, como ya se dijo pues el Tribunal sólo manifestó que debían tenerse en cuenta, pero no le dió a esta determinación un carácter obligatorio, pues no dijo que la liquidación debía ajustarse extrictamente al dictamen pericial que obra en el juicio.

Se rechaza el cargo.

Error de derecho en la apreciación de la prueba pericial.

Está este cargo formulado en forma tan confusa, que es difícil saber a ciencia cierta en qué consiste. Sin embargo, parece que el recurrente acusa la sentencia porque el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas, porque dijo que en la liquidación "se tenga en cuenta el dictamen de los peritos" y este concepto viola el artículo 2141 del Código Civil, "si se considera el contrato materia de la litis como un mandato"; pero no demuestra el recurrente el error en la estimación de la prueba, ni indica la forma mediante la cual el error en la apreciación de la prueba comporta el quebranto de la ley sustantiva. Acusa también el recurrente la sentencia del Tribunal por error de derecho en la interpretación de la prueba principal "como quiera que interpretó a nuestro juicio equivocadamente el contrato de mandato contenido en el documento que sirve de base a este litigio". Es decir, insiste el recurrente en que el Tribunal interpretó mal el contrato, cosa que ya se demostró no ser cierta, porque dijo que se trataba de una sociedad y no de un mandato como lo sostiene el recurrente. El Tribunal le dió el valor de plena prueba al contrato reconocido judicialmente y aplicó con propiedad el artículo 637 del Código Judicial; es decir, el

Tribunal procedió tal y como el recurrente estima que ha debido proceder.

Por lo expuesto, se rechaza este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que lleva fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, dictada en el juicio ordinario de Angélica Rosas contra Jesús Bernal.

Las costas en el recurso son de cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — VALOR QUE TIENEN EN LAS ACCIONES REIVINDICATORIAS LAS HIJUELAS DE ADJUDICACION APROBADAS EN JUICIO DE SUCESION

1—Quien ejercite la acción real de dominio debe acreditar plenamente la titularidad de su derecho; si ello no sucede, el poseedor no puede ser obligado a la restitución. Ni puede serlo cuando la posesión tiene una vigencia en el tiempo anterior al título que se le opone.

En el caso de estudio, el actor para demostrar su calidad de dueño sobre el bien reivindicable, presentó como título de dominio la hijuela de adjudicación que obtuvo en el juicio sucesorio de Ricardo Escobar, título que por sí solo no podía justificar su calidad de dueño. Era indispensable acompañar, además, el título de su causahabiente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define la casación interpuesta por la parte desfavorecida contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 25 de agosto de 1953. Corrido el procedimiento de rigor es llegado el momento de desatar el recurso.

Antecedentes:

En el juicio de sucesión de Ricardo Escobar Lince, que se tramitó ante el Juzgado Civil Municipal de Pereira, le fue adjudicado al señor Apolinar Mejía C., el siguiente inmueble ubicado en la misma ciudad: "Un solar sin sus mejoras con una cabida de 1950 varas cuadradas, —25 varas de frente por 60 varas de fondo—, encerradas por estos linderos: por el frente o norte, con predio ocupado por José J. Tafur, carretera 'Gabriel Turbay' de por medio; por el oriente, con propiedad de Alfredo Posada, después de su viuda Luisa Hoyos de Posada y hoy de Jesús Acevedo B.; por el occidente, con propiedad de Roberto Antonio Arteaga, antes de Luciano Durán, y por el fondo con la hacienda 'El Jardín', que es de Pobreza Vélez de Gómez, Matilde Vélez de Serna y Eleuterio Serna R., antes de Víctor Mazuera".

En la hijuela se dice que esta adjudicación a favor del señor Apolinar Mejía G., se le hizo para pagarle la hijuela de gastos y lo que le corresponde en la sucesión de Escobar Lince, como adquirente de los derechos que tuvo el causante en una parte del único bien inventariado y según compra que hizo a Clementina Restrepo v. de Escobar, a Eduardo Escobar Restrepo, a Elsa Escobar de Arango, a Tiberio Escobar Restrepo y a Ligia Escobar Restrepo.

Con base en este título el señor Apolinar Mejía G., por conducto de apoderado, solicitó que, previos los trámites correspondientes y con citación de los señores doctor Alfonso García B., y Julio Roberto Arteaga, se declarara:

1º—Que el nombrado Mejía G., "tiene el pleno dominio sobre el bien sediente (sic) delimitado en la demanda, y

2º—Que los poseedores actuales, doctor García y Julio Roberto Arteaga están en la obligación de entregar al actor el inmueble referido, una vez que se les cubra el valor de las mejoras existentes en el inmueble.

Subsidiariamente manifiesta "que para el caso de que los demandados no tengan la posesión del inmueble y reconozcan al actor el carácter de dueño, pide que la sentencia se limite a ordenar la devolución del bien raíz una vez liquidadas las prestaciones mútuas que sean legales".

Los demandados al contestar el libelo se oponen a las pretensiones del actor y aceptan que se encuentran en posesión del inmueble por un término de cerca de veinte años.

El Juzgado de Primera instancia falló el litigio de acuerdo con las pretensiones principales del actor; y el Tribunal Superior, a donde llegó el negocio en virtud del recurso de alzada interpuesto por los demandados, confirmó la sentencia del inferior encontrando que se hallaban pro-

bados los elementos esenciales que integran la acción de dominio o reivindicatoria.

La Casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia. La Corte entra a considerar el segundo, tanto por razón de lógica en cuanto en él se ataca el fallo en relación con la prueba del dominio por parte del reivindicante, como porque al estudiarlo queda comprendido el cargo primero.

Dice la demanda: "Violación por aplicación indebida de los arts. 946 y 950 del C. C., por errónea apreciación de la prueba documental y los testimonios".

"Error de derecho: al darle a la hijuela el valor de plena prueba del dominio, por sí sola y sin el complemento del título de propiedad del causante, que no se allegó a los autos.

"Error de hecho y de derecho: Cuando le dio eficacia legal a un título posterior a la posesión de los demandados. La hijuela presentada para acreditar el mejor derecho del actor fue registrada en fecha 27 de agosto de 1952, y la posesión de los demandados y su antecesor se remonta a diez y siete años con anterioridad a la presentación de la demanda, o por lo menos desde el 6 de febrero de 1948, fecha de la escritura de traspaso del anterior poseedor a los actuales.

"Error de derecho: Por cuánto el Tribunal admitió como prueba principal el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pereira cuando ni siquiera era admisible como prueba supletoria, por no haberse llenado el requisito establecido por el art. 2675 del C. C.

"Error de hecho y de derecho: Al dar por establecido como hecho cierto el de que los demandados reconocieron dominio en cabeza del señor Ricardo Escobar, causante del actor. Dice así el aparte pertinente del fallo: 'La hijuela no serviría para acreditar la propiedad del demandante enfrentada como está a un título de terceros si éstos hubieran desconocido que la cosa que posee proviene de una fuente distinta a la de Escobar Lince, o mejor, negaran que tal bien no fue de su propiedad antes o después de su muerte.

"Error de derecho: En razón de haberse dado a la declaración del testigo Bernardo Ortiz el valor de plena prueba, y no sólo para acreditar hechos que admitirían este medio probatorio, sino para acreditar el dominio del causante del actor. Así dice el Tribunal después de transcribir parcialmente la declaración del testigo único: 'No hay duda que la hijuela se refiere a un lote cuya propiedad tenía el señor Escobar Lince' ".

La Corte considera:

En la acción de dominio o reivindicatoria se enfrentan dos posiciones extremas: la del actor, dueño de una cosa singular y la del poseedor que tiene la cosa en su poder con ánimo de señor o dueño: el primero al probar su dominio pretende que el poseedor sea condenado a restituír; éste puede defenderse pasivamente garantizado po la presunción que a su favor consagra el inciso 2º del art. 762 del C. C., cuando dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

De consiguiente, quien ejercite la acción real de dominio debe acreditar plenamente la titularidad de su derecho; si ello no sucede, el poseedor no puede ser obligado a la restitución. Ni puede serlo cuando la posesión tiene una vigencia en el tiempo anterior al título que se le opone.

En el caso de estudio, el actor para demostrar su calidad de dueño sobre el bien reivindicable, presentó como título de dominio la hijuela de adjudicación que obtuvo en el sucesorio de Ricardo Escobar Lince, título que por sí solo no podía justificar su calidad de dueño. Con efecto, si los "actos legales de partición", son simplemente traslaticios de dominio, al patrimonio del heredero no ingresan, por virtud de la adjudicación, sino aquellos bienes de los cuales era propietario su causante; y cuando se trate de incoar la acción reivindicatoria es indispensable que el actor acompañe, además, el título de su causahabiente. De lo contrario, fácil sería, como lo dice un ilustre expositor, crear títulos artificiales, incluyendo caprichosamente en el inventario sucesoral bienes que luego han de ser objeto de las adjudicaciones.

Sobre este tópico y en igual sentido se ha manifestado el criterio de la Corte en numerosos fallos citados por el recurrente. Incurrió, pues, el sentenciador en el error de derecho que se apunta atrás al darle a la hijuela de adjudicación el valor de plena prueba del dominio del actor.

Bastaría esta aceptación para casar la sentencia; empero, quiere detenerse la Corte en otros aspectos de la sentencia y a que se refieren los ataques del recurrente.

Dice el fallador: "De acuerdo con el certificado de tradición que se acompañó al juicio, el señor Apolinar Mejía es poseedor inscrito del bien delimitado en la demanda, quien le compró a los

herederos de Ricardo Escobar Lince los derechos que le pudieran corresponder en dicho juicio sucesorio, fuera de que se le adjudicó otra parte por concepto de gastos en el mencionado juicio. D. Ricardo Escobar Lince compró dicho solar al señor Aurelio Botero (escritura 153 de 1927), siendo que Aurelio Botero y Escobar Lince habían comprado dos lotes: Nos. 1 y 2 al señor Víctor Mazuera, en 1925, y haciendo constar que el número 2 era para Botero, el cual compró como se dijo antes a éste. Víctor Mazuera compró en mayor extensión a Mariano Montoya (en 1919)". "Y en otro aparte del fallo anota: "Así consta también en el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos, en donde aparece que el causante Escobar Lince compró a Aurelio Botero el mencionado solar marcado con el número 2 y con tales dimensiones".

Aparece manifiesto el error de derecho del Tribunal cuando al aludido certificado le da el valor de comprobación de titularidad del dominio en los antecesores del actor, señor Mejía, ya que tal probanza no es idónea para tal efecto sino en los casos taxativos señalados por el art. 2.675. La certificación del Registrador no puede, en el caso presente, ser tenida en cuenta ni como "prueba supletoria" del título original registrado que es el que ha debido ser allegado al juicio. Como elemento probatorio de la titularidad a favor del señor Mejía apenas obra la copia de la hijuela de adjudicación, cuya crítica probatoria se ha formulado antes. Prospera, pues, el ataque hecho por el recurrente.

Los demandados en el juicio lo fueron en su carácter de poseedores, calidad que expresamente fué aceptada por ellos; es decir, han tenido el bien objeto de la traba judicial, con ánimo de señores y dueños y por lo tanto, así lo dice el proceso, no han podido reconocer, sin perder su calidad de poseedores, el dominio del presunto antecesor del actor. Como eso es así, la cita jurisprudencial a que alude el fallador no puede aplicarse al caso de que se trata. Los demandados son terceros en relación con la hijuela de adjudicación.

El fallo hace referencia a la escritura pública de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, cuya copia auténtica obra en el juicio, en virtud de la cual Bernardo Ortiz les vendió a los demandados el "derecho de dominio y posesión" de las mejoras que en el instrumento se detallan, mejoras que se hallan en el lote objeto del juicio. El vendedor declaró allí que las mejoras fueron hechas por él "en un solar cuyo dueño se ignora" y que en posesión de ella se encontraba "quieta y pacíficamente, sin ninguna interrupción en el dominio desde hace más de doce años...". Posteriormente Ortiz en declaración solicitada por el actor, manifiesta contradicción con lo que afirmó en el instrumento de venta; dijo que las mejoras vendidas fueron plantadas en lote que el señor Ricardo Escobar Lince le entregó para su vigilancia y que por haber ocupado ese lote por muchos años, no le queda duda de que fue el mismo que le adjudicó al señor Apolinar Mejía.

De ello infiere el Tribunal que "no hay duda de que la hijuela se refiere al lote cuya propiedad tenía el señor Escobar Lince cuando murió y que el ánimo de los demandados al comprar las mejoras, no fue el de adquirir el lote, sino aquellas solamente. Y porque son dueños de esos cultivos y edificaciones, es por lo que ejercen actos posesorios en el lote que ahora reivindica el señor Mejía C.". Inexacta la conclusión porque la demanda no se ejercitó contra los señores Alonso García B., y Julio Roberto Arteaga como dueños de las mejoras sino como poseedores del lote en donde ellas se encontraban. Y en la posesión del lote no han reconocido dominio ajeno, ni la declaración de Ortiz viene a probar lo contrario, ni puede afirmarse que el animus domini como factor esencial de la posesión y como elemento específicamente subjetivo pueda ser negado contra expresa manifestación del poseedor, cuando no obra en el juicio prueba que infirme esa manifestación.

Para la Corte es suficiente aceptar, como lo hace, los cargos que se han comentado para que se proceda a casar la sentencia recurrida.

Fallo de instancia.

Las consideraciones que se han hecho demuestran claramente que el actor no demostró su calidad del dueño del inmueble que pretende le sea restituído y este factor constituye un extremo básico de la acción sobre el cual debe el juzgador enderezar primeramente su examen. Sin la justificación del carácter de dueño, la acción se quiebra y el poseedor queda protegido por la presunción a que se contrae el art. 762 del C. C.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: 1º—Se casa la sentencia que ha sido objeto del recurso; 2º—Revócase el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Civil del Circui-

to de Pereira y en su lugar se absuelve a los señores Dr. Alonso García B., y Julio Roberto Arteaga de los cargos que les fueron formulados en la demanda.

Costos del juicio a cargo del actor vencido.

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

Ignacio Gómez Posse. — Agustín Gómez Prada. — Luis Felipe Latorre. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE DOMINIO. —ERROR DE HECHO EN CASACION.—AUTONOMIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA PARA VALORAR UN DICTAMEN PERICIAL

En numerosos fallos la Corte ha repetido hasta el cansancio que la casación no es una instancia y que no es su misión entrar a medir, a sopesar nuevamente todo el elenco de la prueba, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo manifiesto en los autos; que ese error para que sea causal de casación tiene que ofrecerse nitidamente configurado en el juicio; que su apariencia se manifieste de tal manera a la inteligencia que no deje sombra alguna sobre el error cometido por el fallador; que la diferencia de apreciaciones de las partes con las hechas en instancia no conducen por sí mismas al error de hecho, ya que de acuerdo con ese criterio el juzgador tiene amplio campo para verificar sus deducciones lógicas ante la variedad de los elementos de prueba ofrecidos en el debate: que los descuidos o negligencias de las partes en el juicio no pueden dar mérito para que opere la casación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de junio de 1953.

Don Luis Angel Osorio, por conducto de apoderado debidamente constituido, presentó demanda por la vía ordinaria contra el señor Guillermo Galindo Cruz, para que se hicieran por la jurisdicción las siguientes declaraciones:

1ª—Que se declare que el señor Osorio es dueño de un lote de terreno situado en el Barrio de San Cristóbal de esta ciudad de Bogotá, con frente en parte sobre el camellón de San Cristóbal, y alinderado así: por el norte, con lote que era de José María Sierra, después de herederos de Francisco Sánchez Mariño; por el oriente, con terreno de Luis Angel Osorio; por el sur, en parte con propiedades de Hipólito Monroy y Juan Pachón, antes de Miguel Mora Moreno, y en parte con las rocas que dan vuelta a salir al camellón de San Cristóbal; y por el occidente, dando frente al camellón de San Cristóbal.

2ª—Que se condene al demandado Galindo Cruz como poseedor de mala fe, a entregar a Osorio el lote determinado y alinderado en el punto anterior y a pagar los frutos naturales y civiles correspondientes.

Solicita, además, que se condene en costas al demandado.

Como hechos fundamentales fueron apuntados:

1º—Que el señor Luis Angel Osorio es dueño del lote cuestionado por haberlo adquirido junto con mayor extensión por compra a Beatriz Caicedo de López y otros, por escritura pública número 772 de 12 de mayo de 1934, de la Notaría Primera de Bogotá, y por compra a Eduardo Carrillo Tadeo por escritura número 1.902 de 22 de noviembre de 1935 de la Notaría Tercera.

2º — Que el demandado tomó posesión de dicho lote alinderado en el punto 1º petitorio, en el mes de abril del año de 1948, aprovechando la ausencia del demandante.

3º—El demandante ejercitó la acción policiva de amparo de posesión que le fue fallada favorablemente por la respectiva Inspección Municipal, pero la Alcaldía de Bogotá, anuló toda la actuación por haberse seguido sin la intervención de abogado titulado.

4º—Los títulos que acreditan la propiedad o dominio del demandante sobre el lote en litigio, están vigentes y no han sido cancelados por ninguno de los medios legales.

A la demanda fueron acompañadas las copias de las aludidas escrituras y un plano del terreno cuestionado.

El demandado al contestar el libelo se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas contra él, y aceptó que tenía la posesión del lote cuestionado "de buena fe y derivada de título".

El Juzgado de primera instancia absolvió al se-

ñor Galindo Cruz y apelada la sentencia, el Tribunal la revocó profiriendo la que es objeto del recurso y por medio de la cual se declaró al señor Luis Angel Osorio dueño del terreno materia del pleito y se condenó al demandado a entregarlo y a pagar los frutos naturales y civiles que fueren del caso.

Demanda de casación.

Formula el recurrente tres cargos contra la sentencia, los que se van a examinar.

Cargo primero.

Dice el recurrente: "Incide la sentencia que acuso, en error de hecho, incidencia que conlleva la violación de terminantes normas sustantivas (causal 1ª del artículo 520 del C. J.): Para terminar el cargo afirma que como consecuencia de los errores de hecho el sentenciador violó por aplicación indebida los artículos 946 y 950 del C. C."

Para sustentar el cargo el recurrente manifiesta: "Dice el sentenciador que el demandante cumplió el requisito de singularización o determinación del inmueble objeto de la presente acción y de su identificación, como lo dispone el artículo 946 del C. C., porque según el plano y el certificado del catastro municipal de Bogotá, el lote de terreno de que tratan las escrituras 772 y 1.902, y que es de propiedad del actor, que según los mismos documentos se aclara perfectamente el asunto referente a los linderos oriental y sur; que además así lo demuestra el dictamen pericial de las actas de dos peritos en la diligencia de inspección ocular en primera instancia, las actas de las diligencias de inspección ocular en 1ª y 2ª instancia; que para el Tribunal en esa forma se ha acreditado el derecho de dominio del demandante, ya que ha presentado el título respectivo, demostrando además, que el lote discutido se encuentra dentro de las alinderaciones y hace parte del globo de terreno a que se refiere el mismo título; que aparece por confesión la posesión del demandado desde 1948 y que los títulos presentados por éste se refieren a cosa distinta. El sentenciador rechaza al tenor del artículo 60 de la ley 63 de 1936, analizar los dictámenes periciales de la diligencia de inspección en segunda instancia, porque no aparece constancia del pago de los respectivos honorarios que por lo tanto no pueden tomarse como pruebas. Incidió el Tribunal al sostener lo que sostiene, en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, al apreciar las pruebas contenidas en el plano y certificado del catastro, el dictamen pericial de dos peritos en la diligencia de inspección ocular de primera instancia, las actas de las diligencias de inspección ocular en primera y segunda instancia, así como al apreciar o dejar de apreciar otras pruebas por el aspecto de identificación y singularización del predio materia de la reivindicación y el de mayor extensión que dice contener, como paso a demostrarlo".

En once numerales marcados alfabéticamente el recurrente, según su criterio, hace la crítica de todo el material probatorio traído al juicio para tratar de demostrar este primer cargo que ha formulado contra la sentencia.

Se considera:

En numerosos fallos la Corte ha repetido hasta el cansancio que la casación no es una instancia y que no es su misión entrar a medir, a sopesar nuevamente todo el cúmulo de la prueba, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo manifiesto en los autos; que ese error para que sea causal de casación tiene que ofrecerse nítidamente configurado en el juicio; que su apariencia se manifieste de tal manera a la inteligencia que no deje sombra alguna sobre el error cometido por el fallador; que la diferencia de apreciaciones de las partes con las hechas en instancia no conducen por sí mismas al error de hecho, ya que de acuerdo con ese criterio el juzgador tiene amplio campo para verificar sus deducciones lógicas ante la variedad de los elementos de prueba ofrecidos en el debate; que los descuidos o negligencias de las partes en el juicio no pueden dar mérito para que opere la casación.

Sobre estos antecedentes doctrinarios, que, vuelvo a repetirse, se encuentran en numerosas jurisprudencias de la Corte, se entran a examinar, con benevolencia de criterios, los fundamentos de la sentencia recurrida para verificar si el fallador incurrió en los errores de hecho que puedan fundamentar el recurso.

a) Es inexacto que el sentenciador haya creído que la copia del plano y certificación expedida con fecha 5 de febrero de 1953 por el Departamento de Catastro y Nomenclatura de Bogotá, llegados al Juicio dentro del rigor procedimental, constituyen títulos de propiedad a favor del actor que ha presentado a tal respecto las copias auténticas de las escrituras públicas números 772 y 1.902 acompañadas a la demanda; el plano y la aludida certificación lo han servido al Tribunal para deducir, junto con otras probanzas "que el lote materia de la reivindicación, hace parte integrante del lote de terreno de que tratan las escrituras 772 y 1.902, y que es propiedad del actor, y según los mismos documentos se aclara perfectamente el asunto relativo a los linderos oriental y sur. Estas pruebas las tiene en cuenta el fallador por cuanto obran dentro del proceso y por cuanto han sido públicas y expedidas por funcionario público".

Si hubiera habido error en este respecto, que no lo hubo, hubiera sido de derecho, no alegado, al darle el Tribunal a una prueba un valor que legalmente no le corresponde.

En este mismo numeral el recurrente dice que en la certificación a que se ha aludido "aparece a nombre de Alicia y Elvira Osorio Trujillo, que son personas distintas personas (sic) del actor; que se fundan esos documentos o hacen referencia a la escritura pública 224 por lo cual adquirieron dominio personas distintas del actor; que las alinderaciones y otros datos consignados con base en la escritura 224 están adulterados y que implican el delito de falsedad a los funcionarios que han cometido el ilícito y a quienes han utilizado tales documentos con ánimo de lucrarse y de causar perjuicios". Esta última aseveración carece de todo fundamento. En cuanto a lo demás, es cierto que al juicio fue llevada normalmente la copia de la escritura número 224 otorgada el 19 de mayo de 1950 ante la Notaría de Pesca y por medio de la cual Luis Angel Osorio le vendió a Alicia y Elvira Osorio los bienes allí enunciados que "hacen parte de mayor extensión", adquiridos por Osorio. El Tribunal tomó en cuenta esta certificación para acoplarla al plano aducido al juicio y llegar a la conclusión, junto con otras pruebas, que se examinarán adelante, que el globo de terreno a que aluden las escrituras 772 y 1.902 comprende el que es materia de la reivindicación. Y de una vez se advierte que no se demostró que la venta hecha por Osorio a Alicia y Elvira Osorio hubiera comprendido el lote motivo del juicio y aunque se hubiera demostrado, ello no privaría al actor del interés jurídico que tendría para continuar en la secuela del juicio en razón de las obligaciones legales que tiene para con sus compradoras de entregarles debidamente saneado el dominio del inmueble vendido.

Afirma el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado de primera instancia, en cuanto dice relación a la identificación del bien objeto del litigio, olvidando que en esa diligencia expresamente manifestaron las partes que estaban "de acuerdo en que el terreno así determinado era el del litigio". No puede hablarse, pues, de error manifiesto en la apreciación que de esa prueba hizo el Tribunal.

Dice asimismo que se incurrió en error de hecho al dejar de apreciar el dictamen del perito señor Alfredo Londoño rendido en la primera instancia. El Tribunal acogió el proferido por los otros dos peritos que conceptuaron que dentro del globo de terreno a que aluden las escrituras presentadas por el actor se hallaba comprendido el lote reivindicado. La Corte no le encuentra ningún fundamento a este cargo. El Tribunal dentro de su autonomía acogió el experticio de esos dos peritos que se halla debidamente fundamentado y que le sirvió como uno de los fundamentos para proferir ese fallo. Sobre este tópico la Corte se ha pronunciado en diversas sentencias. Basta citar una de ellas que sirve también para definir el ataque hecho por no aceptación en el Tribunal del peritazgo rendido en la segunda instancia: "Ni el artículo 722 del C. J., ni el 723 ibidem constriñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta legal y jurídicamente de gran amplitud de criterio para analizar esa circunstancia y para asignarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficiente o debidamente explicado y fundamentado". (Casación, julio 16 de 1953). No se encuentra, por lo tanto, el error manifiesto a que alude el recurrente por haber acogido el Tribunal el peritazgo de los doctores Galvis Madero y Sanabria.

Se dice, igualmente, que el fallador apreció erróneamente el acta de diligencia de inspección ocular practicada por el propio Tribunal Superior el 2 de octubre de 1952. Allí se dijo: "Se identificó en seguida el lote de terreno materia del juicio, el que es muy irregular y tiene forma ovalada, estando comprendido dentro de los siguientes linderos: por el sur, con el antiguo camino de San Cristóbal y con propiedad de Hipólito Monroy y Gregoria Ospina, marcado con el número 3-46, en parte; por el occidente, con el camellón de San Cristóbal; por el norte, con terrenos de José María Sierra; y por el oriente, en parte con propiedad de Hipólito Monroy y en parte muy pequeña con propiedad de Lisandro Osorio. Igualmente se identificó por sus linderos, el predio de mayor extensión adquirido por Luis Angel Osorio por medio de las escrituras números 772 de 12 de mayo de 1954 de la Notaría Primera de Bogotá y 1.902 de 22 de noviembre de 1935, de la Notaría Tercera de Bogotá, comprobando dicha alinderación". El mismo Tribunal que practicó la inspección fue la entidad que al tiempo de fallar tuvo en cuenta esta prueba de inmediación para llegar a la conclusión de que el inmueble litigioso que se determinó y singularizó está comprendido dentro del globo general a que aluden los títulos referidos. No se alcanza a ver cuál hubiera sido el error manifiesto del Tribunal en la apreciación de la prueba verificada por él mismo. Y ya en la sentencia se hizo alusión a que en el acto

de esa inspección fueron presentados por la parte demandada algunos títulos escriturarios que el recurrente dice no fueron tenidos en cuenta por el fallador, olvidando que uno de ellos que se pretende forma parte de la cadena de títulos que el recurrente dice tener sobre el dominio del lote reivindicable, fue presentado en papel común y sin nota de registro. Mal podría el fallador, por otra parte, tener como pruebas las simples constancias dejadas por la parte demandada en aquella diligencia.

Se hace referencia, también a los testigos que rindieron su testimonio durante la inspección y con los cuales se acreditó que Osorio ejercía actos de posesión en el inmueble desde más o menos el año de 1934 hasta 1948, en que el señor Galindo Cruz aprovechando la ausencia de Osorio tomó la posesión del bien con la advertencia de los testigos de que ese lote era de propiedad de Osorio. Hoy pretende el recurrente en casación que se desestimen tales testimonios porque se presume su parcialidad y porque han cometido el delito de falsedad, como si por tal manifestación el cargo hubiera de aceptarse. Ni tales declaraciones fueron tenidas en cuenta de modo manifiesto por el fallador.

En la letra g) el recurrente afirma que el sentenciador incurrió en error de hecho "que aparece de manifiesto en los autos al dejar de apreciar y tener como prueba los experticios de los doctores Abimael Caballero Sierra y Alfonso Arias Bernal rendidos en la segunda instancia, aduciendo lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 63 de 1936, por no haber constancia del pago de los honorarios respectivos...". Es evidente que la disposición contenida en el artículo 60 citado se refiere exclusivamente a peritazgos sobre avalúos. Así lo dice expresamente el tercer inciso del artículo cuando reza: "El Juez determinará de oficio el valor de los honorarios en el auto por medio del cual ordene correr traslado a las partes de la diligencia de avalúos y ello sólo se debe a partir de la fecha de dicho auto. Pero no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuorio, ni tenerse como prueba la que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales". En el caso presente el peritazgo se refiere a una cuestión diferente de avalúos, y por lo tanto no lo cobijaría la sanción a que alude el precepto citado. Pero el que el Tribunal no la hubiera estimado, no puede implicar una fundamentación suficiente para casar la sentencia, porque aunque no hubiera tenido de presente, el artículo 60, bien hubiera podido acoger, como lo hizo el concepto de los dos peritos expuesto en la primera instancia.

Ya se ha dicho cómo el Tribunal tenía plena facultad dentro de su órbita de apreciación para aceptar cualquiera de esos peritazgos. El no haber aceptado uno dándole prevalencia a otro, no puede constituir error de hecho manifiesto. Pero por la parte demandada en el juicio y ahora por el recurrente se ha incurrido en algo que no revela unidad moral en su intervención. En efecto, cuando el peritazgo de segunda instancia aún no había sido rendido por expertos, en el alegato respectivo, expresamente se pidió que no se tuviera en cuenta por aplicación del ya referido artículo 60. Sólo ahora en casación cuando se advierte que dos de los peritos fueron favorables a su pretensión, se reclama contra la interpretación hecha por el Tribunal al darle aplicación a aquel precepto. Ni es pertinente la referencia que hace al perito Carlos Bernal que actuó en el dictamen de segunda instancia, porque el Tribunal no tuvo en cuenta esa diligencia que motiva el reparo del recurrente.

El sentenciador tuvo en cuenta probanzas suficientes que lo llevaron a la conclusión de que se encontraban cumplidas las exigencias extremas de la acción reivindicatoria: contra los títulos presentados por el actor en el juicio que acreditan su dominio del globo de terreno del cual forma parte el lote objeto del juicio, ningún reparo se ha formulado; el demandado reconoció estar en posesión de ese lote y en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia se lee lo siguiente: "El Juzgado deja constancia de que interrogado el demandado señor Galindo por el apoderado del demandante, si tenía títulos sobre el lote materia del litigio atrás determinado, manifestó que no tenía títulos de propiedad del citado lote, sino únicamente la posesión de él". En virtud de la inspección realizada por el Tribunal, de las declaraciones llevadas al juicio, del dictamen de dos de los peritos que actuaron en el juzgado, de la confrontación del plano hecha por el fallador, se llegó a la conclusión de que el actor, señor Osorio, sí era propietario del globo en general y en particular del lote materia del juicio comprendido dentro de aquél. Las rectificaciones de alinderación apenas si son una consecuencia de la realidad observada por el fallador.

Cargo segundo.

Se afirma que el Tribunal incurrió en errores de hecho que implican violación por aplicación indebida de los artículos 946 y 950 del C. C.

Esos errores los pretende puntualizar el recurrente en cuatro numerales; en uno de ellos marcado con la letra c) hace referencia a la venta realizada por Luis Angel Osorio a Alicia y Elvira Oso-

rio Trujillo. Sobre este hecho se trató anteriormente.

Estima, asimismo, que hubo error de hecho en no haber apreciado el Tribunal la escritura 2.564, cuando tal instrumento está extendido en papel común y sin nota de registro. Alude a otros títulos con los cuales pretende el recurrente sostener que la parte demandada en el juicio tiene el dominio titular del lote trabado en la litis; pero tal afirmación no encontró comprobación en los autos; de ello trató el Tribunal cuando dice: "posteriormente a estas confesiones (de la posesión sin título, anota la Corte), el demandado ha tratado de probar que su posesión se fundamenta en títulos traslaticios de dominio, pero las escrituras que allegó en la segunda instancia con tal fin, nada prueban, ya que algunas están sin la nota de registro, y se refieren a inmuebles distintos, es decir, no versan sobre el lote que se debate en este proceso".

Tercer cargo.

Lo hace consistir en errores de hecho y de derecho que incidieron en la violación de diversas disposiciones sustantivas, entre otras los artículos 946 y 950.

Este cargo lo pretende fundamentar el recurrente en que el Tribunal no tuvo en cuenta varias escrituras públicas, llevadas algunas de ellas en la forma irregular en que se ha anotado; pero es lo cierto que ninguna confrontación se hizo sobre el terreno para poder llegar a la conclusión de que tales instrumentos, aún suponiéndolos todos aceptables, constituyeran título de propiedad del lote cuestionado a favor del señor Galindo.

Del extenso alegato presentado por el recurrente, se deduce claramente que se ha querido que la Corte entre como si fuera el Tribunal de instancia, a verificar el valor probatorio de todo el material que obra en el juicio; semejante labor no le compete a la Corte que tiene como función estudiar si los fundamentos de la sentencia han sido constituidos sobre errores de hecho y de derecho manifiestos; y el estudio que se ha realizado lleva a la conclusión de que el fallador no incurrió en esos errores. Y mal podría el Tribunal, como lo pretende el recurrente en algunos de sus ataques, que hubiera tenido en cuenta pruebas que se produjeron sin audiencias del señor Osorio. Y no puede ser de recibo en casación que en este recurso extraordinario se puedan tener en cuenta las fotografías que fueron acompañadas a la demanda de casación y la copia de la escritura 2.564 citada anteriormente.

No encontrando la Corte respaldo en los ataques que se han formulado contra la sentencia no procede la casación del fallo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio ordinario seguido por Luis Angel Osorio contra Guillermo Galindo Cruz.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 18 de agosto último, confirmó la pronunciada por el Juzgado del Circuito de Fusagasugá, por medio de la cual absuelve "a la sucesión ilíquida de don Daniel Ortiz Herrera, representada por Bartolomé Manrique y por Tulia Ortiz de Díaz, de los cargos formulados en la demanda" y declara que "es un bien social, perteneciente a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de don Daniel Ortiz Herrera con doña Aurelia Díaz Manrique, la casa ubicada en el área de la población de Arbeláez", cuyos linderos se expresan, y condena en costas a la parte demandante.

La señora Aurelia Díaz v. de Ortiz, parte actora, por medio de apoderado, interpuso contra dicho fallo el recurso de casación.

Antecedentes

I.—Daniel Ortiz Herrera se casó en el mes de septiembre de 1876 con Aurelio Ortiz y de ese matrimonio nacieron Aurelio, Teodoro y Tulia. Muerta su esposa, contrajo segundas nupcias con Aurelia Díaz, en mayo de 1929 (f. 7 del c. 3) y en este matrimonio no hubo hijos. El marido aportó a esta sociedad conyugal varios inmuebles que le habían sido adjudicados en la liquidación de la primera, de algunos de los cuales dispuso durante su vida (Fls. 8 y ss. del c. 3).

II.—Por escritura número 582 de 3 de septiembre de 1936, doña Aurelia Díaz de Ortiz, esposa de don Daniel, les compró a Marco A. Lozano y María Caballero de Lozano, la casa objeto de este pleito, situada en el área de la población de Arbeláez, por los linderos que se especifican, y se dijo en la escritura respectiva que la compradora pagaba el precio con dineros de su exclusiva propiedad (fls. 1 y ss. del c. 1).

III.—Fallecido Daniel Ortiz Herrera, los hijos del primer matrimonio promovieron juicio ordinario contra Aurelia Díaz v. de Ortiz para que se hiciera, entre otras, la declaración de que la finca de "La Cenicera" y, para lo que aquí interesa, la casa situada en la población de Arbeláez, es de propiedad exclusiva de la sucesión o herencia de Daniel Ortiz, "por haber sido comprada dicha casa por el señor Daniel Ortiz y pagada con parte de los dineros provenientes de la venta de una finca que dicho señor tenía cuando contrajo matrimonio con la mencionada señora y por haber sido adquirida con el ánimo de subrogar".

El juzgado del circuito de Fusagasugá, en sentencia de 15 de mayo de 1940, no accedió a hacer la declaración solicitada sobre la casa de Arbeláez, sentencia que el Tribunal confirmó en la de 4 de abril de 1941 y que la Corte, según el concepto del fallo que va a revisarse, mantuvo en el fondo, pues negó la primera súplica de la demanda y absolvió a la demandada de los cargos que ella envuelve (fls. 7 a 15 del c. 1).

IV.—Así las cosas, el presente juicio ordinario se inicia con la demanda que presentó la señora **Aurelia Díaz v. de Ortiz contra la sucesión ilíquida de Daniel Ortiz Herrera,** representada por sus herederos o cesionarios, para que se declare que "es indebida la inclusión" de la casa de que se viene hablando "en el inventario de los bienes de la sucesión" de dicho señor, que no debe figurar en ese inventario y que, en consecuencia, "pertenece exclusivamente al patrimonio privado" de Aurelia Díaz y de Ortiz, por haberla adquirido con dinero de su propiedad, según consta en la ya citada escritura número 582, del 3 de septiembre de 1936 (ff. 19 y ss. del c. 1).

Como hechos fundamentales de la demanda se anotan: la adquisición del inmueble por medio de la escritura aludida; la declaración que en su testamento hizo el señor Ortiz Herrera de haberlo adquirido su esposa "con dinero de su exclusiva propiedad"; el juicio ordinario anterior, en que, según dice la demanda, se reconoció a la actora como dueña exclusiva de la casa; y la declaración hecha en el juicio de sucesión del señor Ortiz Herrera, al fallar unas objeciones a los inventarios, de que el inmueble "es de propiedad

exclusiva de doña Aurelia Ortiz v. de Díaz".

Los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas en la demanda.

El Juzgado alega como razones fundamentales de su fallo: que, de acuerdo con el artículo 1795 del código civil, se presumen bienes sociales los que existan en poder de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, a menos de probarse lo contrario, y en el caso "no surge la evidencia de que el bien carezca de la calidad de social"; las declaraciones de la escritura de compraventa y del testamento de Daniel Ortiz Herrera, de que la casa fue adquirida con bienes propios de doña Aurelia, son ineficaces para demostrar dicha circunstancia: no se ha probado que hubiera ocurrido una subrogación; y en el juicio ordinario anterior no se decidió que fuera de propiedad exclusiva de doña Aurelia Díaz v. de Ortiz la casa de que se trata (Fls. 56 a 59 del c. 1).

Razones semejantes aduce el Tribunal para confirmar el fallo del Juzgado, y ellas serán objeto del estudio de la Corte en lo que haya lugar en el presente recurso de casación.

Estudio que se hará en seguida, teniendo en cuenta que el recurrente invoca como causales de casación la primera y la segunda del artículo 520 del Código Judicial: "la primera, porque la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida, violación de la ley que proviene de la apreciación errónea de las pruebas aducidas al juicio; y la segunda, porque la sentencia no está en armonía con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes interesadas en el juicio".

Parece oportuno, para seguir el orden lógico, principiar por la segunda, pues si ella prospera no habría para qué estudiar la otra causal.

Primer cargo.—Con base en la causal segunda dice el recurrente que en las peticiones de la demanda no se pide la declaración o reconocimiento que el juez de primera instancia hace en la sentencia "al declarar que la casa es un bien social, y como tampoco ha habido contrademanda, el Juez no tiene ninguna petición que resolver sobre el particular. Como el Tribunal confirmó esa sentencia —prosigue el recurrente— fue más allá de lo que pidió y, por lo mismo, la sentencia acusada peca por este defecto".

Se considera:

La demanda pide tres cosas:

1º—"Que es indebida la inclusión en el inventario de los bienes de la sucesión de Daniel Ortiz Herrera" de la casa de Arbeláez;

2º—Que, en consecuencia, "se declare que este inmueble no debe figurar en los inventarios de dicha sucesión, pues pertenece exclusivamente al patrimonio privado" de Aurelia Díaz v. de Ortiz, "por haberlo adquirido con dinero de su propiedad" y según consta en la escritura número 582, de 3 de septiembre de 1936; y

3º—Que si los demandados se oponen, sean condenados a las costas del juicio.

Aparentemente, la declaración de que la casa "es un bien social, perteneciente a la sociedad conyugal formada por el matrimonio" de Daniel Ortiz con Aurelia Díaz, es excedente, pero miradas las cosas a fondo no lo es. En efecto, si el bien figura en los inventarios de dicha sucesión, es como un bien social, pues los demandados adujo en la contestación de la demanda que fue adquirido "estando vigente y en plena existencia la sociedad conyugal" (f. 29 del c. 1), al contrario de lo actora, que alega ser un bien de propiedad exclusiva o particular de ella. Es decir, que la declaración estuvo implícita pero claramente solicitada por las partes.

Este cargo debe, por consiguiente, descecharse.

Segundo cargo.—Con base en la causal primera dice el recurrente que la sentencia viola el contenido de los artículos 66 y 1768 del código civil, en armonía con los artículos 473 y 474 del código judicial, porque siendo estas disposiciones aplicables al caso controvertido, no les dio aplicación, y por lo mismo, los quebrantó".

La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el anterior juicio ordinario, prosigue el recurrente, al desechar la primera y sexta petición de la demanda, reconoció la propiedad exclusiva de Aurelia Díaz v. de Ortiz sobre la casa ubicada en el Municipio de Arbeláez, y así lo deduce haciendo un detenido análisis de lo expresado por la Corte en el fallo aludido y de lo comentado por el Tribunal, que puede resumirse en el siguiente aparte:

"En el fallo proferido por la Corte el 23 de septiembre de 1942 se negaron las peticiones primera y sexta de la demanda estudiada entonces. Dado el contenido de estas peticiones, al concluir el Juzgado que la sucesión de Daniel Ortiz Herrera no era dueña de la casa ubicada en el Municipio de Arbeláez, reconoció que la propiedad de ella era de Aurelia Díaz v. de Ortiz".

Agrega que en dicha sentencia se estudió "lo relativo a la propiedad del dinero con el cual se pagó la casa y se llegó a la conclusión de que ese dinero era de propiedad exclusiva de Aurelia Díaz v. de Ortiz", con lo cual se desechó la presunción de que trata el artículo 1795 del código civil. En cuanto a las declaraciones que hizo Daniel Ortiz Herrera en su testamento y en la escritura de compraventa de la casa, de que este inmueble había sido adquirido con dineros propios de doña Aurelia Díaz, olvida el Tribunal que no está analizando estas pruebas para rechazarlas, sino que ha debido acoger la sentencia de la Corte, al negar la petición sexta de la demanda.

Se considera:

En la petición primera de la demanda del juicio anterior se solicitaba que se hiciera la siguiente declaración, según aparece copiada en el fallo de la Corte:

"Que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es dueña exclusiva o titular de la casa ubicada en Arbeláez, por haber sido comprada dicha casa por el señor Daniel Ortiz, y pagada con parte de los dineros provenientes de la venta de una finca que dicho señor tenía cuando contrajo matrimonio con la mencionada señora y por haber sido adquirida con el ánimo de subrogar, aunque así no se expresara en las respectivas escrituras de venta y compra, como ha debido expresarse, siendo simulada la adquisición de que da cuenta la escritura 852, de 3 de septiembre de 1936, de la Notaría de Fusagasugá, por parte de dicha señora Díaz Manrique v. de Ortiz" (F. 7 v. del c. 1).

Sobre esta petición no hay dificultad, porque fue rechazada y ella no fue objeto del recurso de casación de ese entonces. Dijo así la Corte:

"La primera súplica de la demanda es la de que se declare que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es dueña exclusiva o titular del dominio de la casa ubicada en Arbeláez, **por haber sido comprada con parte de dineros provenientes de la venta de una finca de Daniel Ortiz** y por haber sido adquirida con ánimo de subrogar. **Esta primera petición fue negada tanto por el Juez como por el Tribunal y esta parte de la sentencia no es materia del presente recurso**". (Se subraya).

Pero si de lo decidido sobre la primera petición no surge nada favorable a la tesis del recurrente, es preciso averiguar si al resolver la sexta petición dijo la sentencia de la Corte que la casa de Arbeláez era de la propiedad exclusiva de doña Aurelia Díaz v. de Ortiz, como lo afirma el recurrente. Mas, puesto que no se trajo copia del libelo, ni de los fallos del Juzgado y del Tribunal, es forzoso atenerse a lo que expresa la sentencia de la Corte que se viene comentando.

Sobre esta petición sexta se anota que la Corte estudió entonces, de manera exclusiva, los dos contratos por medio de los cuales don Daniel Ortiz le vendió a don Antonio Manrique y éste a doña Aurelia Díaz de Ortiz la finca de "La Cenicera", a la luz de varios indicios y, sobre todo, de la declaración que aquél hizo en su testamento, para concluir que no hubo compraventa, sino una donación revocable confirmada por la muerte del testador y donante don Daniel Ortiz. Es claro que de paso se hace alusión a la compra de la casa de Arbeláez, porque la cláusula novena del testamento se refiere tanto a la mencionada finca de "La Cenicera" como a la casa situada en la población de Arbeláez, pero sin que nada resuelva explícita ni implícitamente sobre ella. Pero como este es el punto capital de la alegación del recurrente, conviene insistir sobre el particular.

Dice la Corte en su sentencia que "alguna eficacia debe tener la cláusula novena del testamento de Daniel, porque ella se refiere indudablemente a los contratos de compra de la casa de Arbeláez y del predio de 'La Cenicera'" y que "tiene esa declaración el valor de una donación revocable, al tenor del artículo 1.795 del código civil". Pero, se repite, el estudio se refiere únicamente a la finca de "La Cenicera" y no a la casa de Arbeláez. Tan cierto es ello, que en la parte resolutiva del citado fallo, se "niega la primera súplica de la demanda y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos que ella envuelve", "se niegan las demás peticiones de la demanda, de las cuales queda absuelta la parte demandada", o sea, según el relato que en la parte motiva se hace, no resuelve afirmativamente sobre la propiedad de los dineros para la compra de la casa de Arbeláez. Esto, porque, se repite, lo único que declara y en que prospera la casación es en lo referente a la adquisición de la tantas veces mentada finca de "La Cenicera" para decir que el marido hizo una donación de ella a su esposa en su testamento, que vale en cuanto no afecta las legítimas de los hijos del causante Daniel Ortiz.

Si alguna duda quedara sobre el particular, la aclaran los siguientes apartes de la parte motiva de la aludida sentencia:

"Es cierto que el recurrente acusa la sentencia en cuanto negó la petición sexta del libelo, referente a la casa de Arbeláez, pero como la súplica básica y fundamental es la primera, y esta debe mantenerse en pie, por lo ya dicho, no podría pronunciarse hoy una resolución que afectara esa primera petición. Además, en el curso de esta sentencia se decidirá sobre la petición sexta de la demanda, no ya vinculada en la primera, sino desde el punto de vista de la validez de una declaración testamentaria.

"El debate, pues, en casación, queda limitado a los otros extremos de la demanda, que se refieren a los contratos de que dan cuenta las escrituras 361 y 464 ya nombradas, contratos que el fallador de Bogotá declaró simulados y en que aparece la venta del predio de 'La Ceniceta' hecha por Daniel Ortiz H., a Antonio Manrique y por éste a Aurelia Díaz Manrique de Ortiz". (Se subraya).

Como si esto fuera poco, declara después la sentencia que en las peticiones tercera, cuarta, quinta y sexta del libelo se solicita "la restitución de 'La Ceniceta', a la sucesión ilíquida de don Daniel Ortiz" y se pide que se declare "sin valor ni efecto la manifestación que éste hizo en su testamento relacionada con la propiedad de los dineros que aparecen adquiridos por Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz". Pero sobre este punto es concluyente la anotación que en seguida hace la sentencia a que se viene aludiendo, al decir que "aún atacado directamente el primer extremo de la demanda, no prosperaría el ataque, por cuanto no está comprobada la subrogación a que se refiere la primera petición de la demanda, y esto es fundamental, porque ese fenómeno jurídico debe establecerse en la forma taxativa requerida por la ley".

Parecen suficientes las anteriores consideraciones para concluir que la susodicha sentencia no resolvió nada sobre la propiedad exclusiva de la casa de Arbeláez por parte de la actora doña Aurelia Díaz v. de Ortiz: al expresar que dicha casa no era de la sucesión de Daniel Ortiz no se deduce que fuera de dicha señora, pues queda otro extremo que precisamente es el declarado por el Tribunal, o sea que la casa en cuestión es de la sociedad conyugal. El cargo debe, por tanto, desecharse.

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 recurrida de que se viene hablando.

Las costas del recurso corren a cargo de la parte que lo interpuso.

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

Agustín Gómez Prada. —Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ALCANCE DEL ARTICULO 2083 DEL CODIGO CIVIL. — ES PRECISO LIQUIDAR LA SOCIEDAD DE HECHO PARA PODER RETIRAR LOS BIENES APORTADOS A ELLA

1.—En una sociedad de hecho formada al tenor del artículo 2083 del C. C., se contempla como medida previa, para sacar los aportes la liquidación social; claro que antes de retirar beneficios, porque éstos no los habrá sino sobre el remanente o sobrante de que se dispouga después de apartar, descontar o tomar los aportes; pero esto no se concibe sino después de hecha la liquidación, porque antes no se sabe si tales aportes se han perdido en todo o en parte; eventualidad posible y frecuente.

2.—Siendo una sociedad, de hecho, a todo instante se puede considerar como disuelta aun cuando nadie se haya muerto, ni haya vencido término alguno, aún estipulado, pues en ningún momento puede tener subsistencia legal y en todo instante es procedente la liquidación para sacar lo que cada cual haya aportado a la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio 1º de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

El 1º de abril de 1940 se formó en Barranquilla una sociedad de hecho entre el señor Angel María Palma (socio capitalista) y el Mayor Eduardo Rubio Rubio (socio industrial) con el nombre Compañía Ganadera Palma.

El socio Palma aportó unos inmuebles rurales (en usufructo) y, al mismo título un número importante de cabezas de ganado.

El socio Rubio asumió la administración social y todo marchó sin tropiezo hasta el 11 de noviembre de 1948, fecha en que falleció el señor Palma; pero la sociedad siguió funcionando hasta el día 28 de febrero de 1949, cuando los sucesores de aquel manifestaron su voluntad de ponerle fin a las operaciones sociales.

Habiendo surgido diferencias entre los aludidos sucesores Palma y el socio administrador Rubio, éste promovió ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, juicio ordinario contra los primeros para que se declarara:

"Que el 1º de abril de esta ciudad (sic) se constituyó en esta ciudad, la sociedad de hecho denominada Compañía Ganadera Palma, formada por sus socios fundadores así: el señor Angel M. Palma, como socio capitalista y el Sr. Mayor Eduardo Rubio Rubio, como socio industrial, quedando la administración de ella a cargo del socio Rubio Rubio, hasta el día de la disolución de dicha sociedad de hecho causada por la muerte del socio señor Palma.

"2ª—Que dicha sociedad ya en liquidación, siguió funcionando hasta el 28 de febrero de 1949, día, en que por la voluntad manifiesta de los herederos del socio difunto señor Palma, unida a la voluntad de la cónyuge supérstite, doña Santos M. Palma, impidieron que siguiera funcionando la liquidación de dicha sociedad de hecho.

"3ª—Que en las diligencias de inventarios y avalúos de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Angel M. Palma se deben excluir los bienes que fueron aportados por el socio señor Palma, el 1º de abril de 1940 a la sociedad de hecho Compañía Ganadera Palma, que constituyó con el señor Rubio Rubio según consta en el inventario de Entrada, que aparece protocolizado en la escritura Nº 753 de 17 de marzo de 1949, corrida en la Notaría Segunda de este circuito.

"4º—Que los bienes raíces aportados por el señor Palma a la sociedad de hecho Compañía Ganadera Palma el 1º de abril de 1940 deben ser incluidos en la sucesión del señor Angel M. Palma como bienes de su propiedad, mas deben serlo, con las apreciaciones de valor con que fueron aportados a la Compañía Ganadera Palma y no con los comerciales del día de hoy o del día 11 de noviembre de 1948.

"5º—Que es sobre la apreciación de valor con que fueron aportados dichos bienes a la sociedad de hecho Compañía Ganadera Palma sobre la que debe liquidarse el impuesto de sucesiones.

"6º—Que debe ser incluido como bien perteneciente a la sucesión del señor Angel M. Palma el saldo a su favor que arroja el Balance de la Compañía Ganadera Palma el 28 de febrero de 1949 y que debe ser excluido el saldo favorable, en dichos libros, correspondiente al Mayor y socio señor Eduardo Rubio Rubio, como del patrimonio exclusivo de éste, libro de los gravámenes fiscales que afectan a las sucesiones, o, incluírse (dicho saldo favorable del señor Rubio), si se confunden los bienes de la Compañía Ganadera Palma, con los bienes de la sucesión del señor Angel M. Palma, como cargo de dicha sucesión, y como pasivo de ella.

"7º—Que la sucesión del señor Angel M. Palma debe pagarme las costas y costos de esta demanda incluyendo mi trabajo en derecho".

A su vez, la parte demandada, por medio de apoderado, propuso demanda de reconvención, con la mira de obtener las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que el señor Eduardo Rubio Rubio debe pagar a mis representados, en este caso sociedad conyugal ilíquida Palma-Molinares y sucesión de don Angel M. Palma, el valor de los perjuicios que les ocasionó con la no entrega oportuna de los semovientes que indica la presente demanda en el hecho cuarto de ella, para los efectos de la cuantía de la acción que aquí intento. Esos perjuicios serán avaluados por peritos.

"Segundo.—Que el señor Eduardo Rubio Rubio debe pagar a las mismas prenombradas, el valor del pastaje de los ganados propios que mantuvo en las haciendas que Dn. Angel M. Palma dió en usufructo a Compañía Ganadera Palma y el valor de la asistencia que esos ganados tuvieron con los empleados y peones pagados por dicha sociedad de hecho. Estos servicios deben ser avaluados por peritos. Yo los avalúo en $ 16.480.00 moneda legal.

"Tercera.—Que el señor Eduardo Rubio Rubio debe pagar las costas del juicio".

La primera instancia finalizó así:

"Primero.—Declárese que el primero de abril de 1940 se constituyó en esta ciudad una sociedad de hecho denominada Compañía Ganadera Palma y formada por los señores Angel M. Palma como socio capitalista y el señor Mayor Eduardo Rubio Rubio como socio industrial y administrador;

"Segundo.—Declárase que la sociedad de hecho Compañía Ganadera Palma después de disuelta por la muerte del socio capitalista señor Angel M. Palma acaecida el día 11 de noviembre de 1948 continuó funcionando todavía bajo la administración del Mayor Eduardo Rubio Rubio hasta el día 28 de febrero de 1949 en que los bienes que usufructuaba pasaron a manos de la cónyuge sobreviviente y herederos legítimos del socio capitalista;

"Tercero.—No es el caso de hacer las declaraciones contenidas en las peticiones 3ª y 5ª de la demanda por ser ostensiblemente violatorios del art. 37 de la ley 63 de 1936;

"Cuarto.—Se declara probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido por lo que hace a las peticiones 3º y 6ª de la demanda principal y en consecuencia, no es el caso de proferir las declaraciones en ellas impetradas;

"Quinto.—Se declara probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo por lo que respecta a la demanda de reconvención y por tanto, no es el caso de proferir las condenas solicitadas en dicha demanda.

"Sexto.—No hay lugar a costas".

Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal Superior de Barranquilla la confirmó por medio del fallo de 23 de febrero de 1954, que ha venido a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto también por ambas partes, pero el correspondiente al demandante principal Rubio fue declarado desierto.

El recurso del contrademandante

En principio, era de entenderse que la impugnación se enderezaría contra la sentencia confirmada por el Tribunal, tanto en la parte que accedió a las dos primeras peticiones de la demanda principal, como la que denegó las solicitudes de la contrademanda; pero el recurrente, al fundar el recurso, advierte que no persigue sino "la casación total de la sentencia recurrida, para que en su lugar se infirme la del juez a quo en su decisión quinta y en vez de ésta se hagan las condenas pedidas en la demanda de reconvención, confirmándola en lo demás". Es decir, que del estudio y fallo de la Corte ha de quedar descartado todo lo que ataña a la demanda principal.

Los cargos

Primer cargo.—Se acusa aquí la sentencia como violatoria de ley sustantiva, por interpretación errónea, del artículo 2083 (sociedad de hecho efectos y acciones), 823 (usufructo), 847 (usufructo de ganados) y 2329 (disolución de sociedades) del Código Civil, 328, 329, 330, 4º 334 y 343 del Código Judicial.

Transcribe el recurrente el pasaje de la sentencia que sobre la materia contemplada trae el fallo del Tribunal; pero la parte conducente de dicho fallo es la que en seguida se reproduce:

"Cuanto a la demanda de reconvención, sus peticiones debían resolverse tal como el inferior las resolvió. El Dr. Baca Gómez afirmó que Rubio Rubio no hizo entrega oportuna de los semovientes que recibió del socio capitalista señor Palma, ni ha pagado el valor del apastaje (sic) de los ganados propios que mantuvo en terreno de don Angel Palma, pero las condenas pedidas por aquellas omisiones deben estudiarse y resolverse sin perder de vista, como bien lo advierte el inferior, lo dispuesto por el art. 847 del Código Civil.

"Por otra parte, si bien aparecen establecidas las entradas y salidas de los semovientes que el socio señor Palma aportó a la sociedad, nada puede resolverse ahora sobre las condenas pedidas estando como está pendiente el juicio de rendición de cuentas que los demandados intentaron contra Rubio Rubio, para que éste rindiera las relacionadas con la administración de la sociedad "Compañía Ganadera Palma", juicio de donde habrá de salir resuelto el problema que ha planteado a la justicia el Dr. Baca Gómez.

"Se está, pues, en cuanto a la demanda de reconvención se refiere, frente a una excepción de petición antes de tiempo, que enerva temporalmente la acción intentada".

Sobre esto dice el recurrente:

"Es patente el errado concepto que el Tribunal sentenciador tiene de lo dispuesto por el art. 2083 del C. Civil. A efecto, dos son las acciones que ese texto concede al socio de facto: una, pedir que se liquiden las operaciones anteriores; otra, distinta e independiente de la primera, sacar lo que hubiere aportado a la sociedad de hecho. Ninguna de ellas está subordinada al previo ejercicio de la otra, como ninguna de las dos lo está a la acción de rendición de cuentas.

"La sociedad de hecho, ha dicho la Corte, no es de duración obligatoria: cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio) hubiere puesto al servicio del negocio común con o sin intereses: **restitución que puede hacerse antes de toda participación de beneficios**" (Cas. 10 de diciembre 1925 G. J. t. XXXII, pág. 206 y 28 de febrero 1933, G. J. t. XLI, pág. 202)".

La doctrina invocada es exacta, pero no la tesis que con ella se quiere respaldar.

En efecto, la Corte no ha dicho que para que cualquiera de los socios saque lo aportado por él, basta la disolución de la sociedad. Siendo ésta de hecho, a todo instante se puede considerar como disuelta aun cuando nadie se haya muerto, ni haya vencido término alguno, aun estipulado, pues en ningún momento puede tener subsistencia legal y en todo instante es procedente la liquidación, precisamente para sacar lo que cada cual ha aportado (art. 2083). Por eso la Corte, tanto en los dos fallos aducidos, como en los de fechas 13 de noviembre de 1914, 23 de agosto de 1930, 12 de diciembre de 1925, 14 de junio de 1928 y 7 de diciembre de 1943 (Gacetas Judiciales Tomos XXIV, pág. 281, XXXVIII, pág. 70, y LIV pág. 338), tiene declarado:

"El contrato por el cual uno de los contratantes le entrega al otro cierto número de reses para un negocio que éste debe administrar en participación con aquél, constituye una sociedad de hecho, y el dueño de las reses tiene derecho a que se le **liquiden** las operaciones y a sacar su parte".

"El art. 2083 del C. C., no tiene aplicación sino cuando se forma una sociedad de hecho, que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Entonces **se liquida** esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de esa norma, no sólo el aporte sino la affectio societatis, la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos civiles sobre una sociedad, por faltarle ciertos requisitos que impiden su existencia. Entonces, para poner fin a ese estado anómalo, **autoriza** la ley la liquidación de las operaciones realizadas".

Obsérvese que la Corte contempla como medida previa, para **sacar los aportes** la **liquidación** social; claro que antes de retirar beneficios porque éstos no los habrá sino sobre el remanente o sobrante de que se disponga después de apartar, descontar o tomar los aportes; pero esto no se concibe sino después de hecha la **liquidación**,

porque antes no se sabe si tales aportes se han perdido en todo o en parte; eventualidad posible y frecuente.

En el caso de este pleito, la cuestión parece sencilla, y realmente lo es en lo tocante a los inmuebles, porque no fueron aportados en propiedad, y por tal razón, resultó fácil para los sucesores de Palma, recobrarlos inmediatamente; pero con el ganado, y manejado por uno de los socios, la situación es diferente.

Para patentizar la dificultad, más aún, la imposibilidad de retirar los aportes antes de la liquidación social, piénsese en una sociedad de hecho entre diez socios, todos los cuales hubieran aportado bienes muebles de todas clases y en propiedad: ganados, mercancías, sementeras, dinero, acciones en sociedades, automóviles, etc., después de varios años de funcionamiento social, al sobrevenir un suceso que implicara necesariamente la cesación de las actividades sociales, todos y cada uno de los socios podría pedir la entrega o devolución inmediata de los aportes sin liquidación alguna? imposible y absurdo. Claro que esa devolución debe realizarse antes de distribuir beneficios, pero sí después de la liquidación. Por eso la Corte reconoce al socio el derecho de pedir la liquidación para recobrar el aporte: pero no a la inversa.

Ahora, si como en el presente caso, no son sino dos los socios, y uno de ellos ha manejado los bienes, y debe responder no sólo como socio sino como administrador, lógico es que para efectuar la liquidación social, se obtenga primero la rendición de cuentas, que dará uno de los elementos necesarios para liquidar con acierto los negocios sociales.

Todo lo expuesto respalda la decisión del Tribunal y demuestra la carencia de fundamento del cargo que se estudia.

Segundo cargo.— El recurrente acusa la sentencia como violatoria en forma **directa** de las mismas disposiciones señaladas en el cargo anterior, porque habiendo el Juez reconocido en su fallo confirmado la formación de la sociedad de hecho en 1940 entre Palma y Rubio, su disolución en 1948 por muerte del primero, y la toma de posesión por los sucesores de aquél, de los bienes aportados por el causante "en usufructo", no se justifica la denegación de las peticiones formuladas en la contrademanda, con la tesis de petición antes de tiempo por estar pendiente el juicio de cuentas propuesto contra Rubio.

Se observa:

Si, como lo dice el recurrente, los bienes que usufructuaba la sociedad que terminó, "pasaron a manos de su legítimo dueño, la sucesión en referencia" (la de Palma), por qué se pide su restitución? Lo que sucede, viendo las cosas como en realidad son, es que pasaron los bienes raíces, pero no los ganados: y en cuanto a estos existe y nadie niega la acción para reclamarlos y recobrarlos, pero en la oportunidad debida: y cuál es esta? la de la liquidación, en principio, pues la doctrina de la Corte, en las varias sentencias invocadas, es la de que, tratándose de sociedades de hecho, lo único procedente es la liquidación, precisamente para poder recobrar o sacar los bienes aportados, antes de retirar utilidades, que puede no haberlas. Tres operaciones se presentan como diferentes, inconfundibles: liquidación de la sociedad, recuperación de los bienes aportados y distribución de beneficios. Claro que el retiro de los aportes es y tiene que ser anterior a lo último, pero posterior a lo primero.

Al examinar el tercer cargo se verá que la liquidación no se ha hecho, como lo cree y sostiene el recurrente.

Por otra parte, no debe perderse de vista que en Rubio concurren dos caracteres: el de socio y el de administrador; y como en el manejo de esta clase de bienes muebles (ganados), durante varios años, puede haber disminución o aumentos, esa circunstancia, entre otros motivos, pudo inducir a los sucesores de Palma a intentar juicio de cuentas contra Rubio; y creada esa situación, resulta inoportuno condenarlo a restituciones y pago de perjuicios antes de liquidar la sociedad de que se trata.

Estas observaciones justifican la excepción declarada por el Juez y confirmada por el Tribunal

Por tanto, la Corte estima que el cargo carece de fundamento.

Tercer cargo.—Se hace consistir en que el Tribunal incurrió en errores evidentes de hecho y de derecho en la aprobación de las probanzas, con violación de los arts. 2083, 823 y 847, concordados con el 1602 del Código Civil y 328, 329, 330, 4o. 334 y 343 del Código Judicial, porque la Compañía Ganadera Palma sí entró en liquidación, y porque la petición contra Rubio se propuso antes de tiempo.

Lo último se examinó al considerar el cargo segundo y se vio que el reparo carecía de razón.

En cuanto al hecho de que la sociedad haya entrado en liquidación, nadie lo niega, de manera que no se advierte error, ni menos evidente, en los fallos del juez y del Tribunal.

Toda la impugnación reposa en el documento privado suscrito por los sucesores de Palma y por Rubio, protocolizado por escritura pública Nº 1410 de 6 de mayo de 1949, en que se habla de la sociedad, de los inmuebles, cuyo dominio se reconoce a favor de la sucesión del primero, del reconocimiento que hará Rubio de la propiedad de los semovientes, muebles y enseres que figuran en un inventario que se presentó con la demanda de apertura del juicio de sucesión de Palma, concluyendo con el convenio de nombrar liquidadores de la sociedad a los doctores Diógenes Baca Gómez y Benjamín Moreno "quienes procederán a liquidar la mencionada sociedad".

Como se ve, lo que patentiza el documento es el propósito de efectuar la liquidación, pero no el hecho de que ya hubiera realizado. El recurrente no habrá olvidado que conforme a la doctrina de la Corte, contenida en las sentencias que él cita, y en las que en este fallo se invocan, la liquidación de una sociedad de hecho se debe hacer precisamente para poder retirar los aportes, claro que antes de distribuir beneficios.

Así, pues, no habiéndose demostrado los errores que se imputan al Tribunal, el cargo es inadmisible.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. —Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CONTRA EL AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACION DE COSTAS NO EXISTE EN LA CORTE RECURSO ALGUNO

1.—Cuando el Magistrado sustanciador dicta el auto aprobatorio de la liquidación de costas, decide como juez unitario a quien incumbe regular las costas cuyo monto no está señalado en la ley, como acaece con el valor de las agencias en derecho.

Contra ese auto no existe en la Corte ningún recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio dos de mil novecientos cinco.

El doctor Ricardo Uribe Holguín manifiesta que propuso el recurso de súplica sobre el auto aprobatorio de la liquidación de costas a que condenó la sentencia de casación proferida por la Corte en el juicio del señor Julio Duque contra la señora Celia Duque de Duque, y pide que vuelva a la Sala el expediente, enviado ya al Tribunal de su origen (según informe de la Secretaría), por haberlo dispuesto así el Magistrado sustanciador en auto de cúmplase.

Se considera:

El Magistrado sustanciador en estos casos decide como juez unitario a quien incumbe regular las costas cuyo monto no está señalado en la ley, como acaece con el valor de las agencias en derecho (artículo 580 del Código Judicial).

Si la liquidación se objeta, existe en el juzgador poder discrecional para aprobar la cuenta o hacerle "las alteraciones que estime justas", dice el artículo 582, ibidem. Arbitrio que no se extingue por más que en el momento de objetar se pida la audiencia de peritos, desde luego que aún en la hipótesis de dictamen uniforme, subsiste el poder de apreciación para saber si está debidamente fundado, y el respectivo informe apenas si viene a ser un elemento adicional de juicio en puntos sobre los cuales la ley defiere en último término al criterio del juez. (artículo 582), seguramente porque en cuanto atañe al fuero interno es imposible la organización de jerarquía dentro de la rama jurisdiccional del poder público.

Habida consideración a este poder discrecional, la inapelabilidad significa también que contra el auto que aprueba la liquidación de costas no existe en la Corte ningún recurso que pudiera afectar esa misma discrecionalidad.

En consecuencia, no se accede a la pedido.

Notifíquese.

José Hernández Arbeláez.—Hernando Morales, Conjuez.—**Gabino Pinzón,** Conjuez.—**Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

MULTA DE ARREPENTIMIENTO. — ARRAS Y SUS CLASES. — OBLIGACIONES NATURALES. — PROMESA VERBAL DE VENTA DE INMUEBLES.— ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1.—Dentro de los principios que consagran la autonomía de la voluntad en el campo contractual, la doctrina acepta la validez de la estipulación por medio de la cual se autoriza a una de las partes para desistir del contrato mediante el pago de una multa previamente convenida, sin que la otra parte tenga derecho de insistir en la ejecución del contrato o de exigir cualquier otra cosa a título de indemnización de perjuicios. Aunque la multa de arrepentimiento guarda similitud con la cláusula penal, ésta en principio no autoriza al deudor para retractarse del contrato. Por medio de la cláusula penal se pacta una indemnización atizada que no priva al acreedor de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato. La multa de arrepentimiento o penitencial puede consistir o en un simple compromiso de pago, o en una prestación real y efectiva que una parte hace a otra en el momento del contrato. En este último caso se contempla una especie de PRENDA que los autores utilizan con el nombre de PRENDA PENITENCIAL.

2.—En sentido lato, prenda o arras es la entrega de una cosa (generalmente dinero) por uno de los contratantes al otro, en señal de un contrato que se celebra, y con el fin: o simplemente de confirmar el contrato mismo, o de confirmarlo y garantizar su ejecución, convirtiéndose en estipulación de perjuicios por el incumplimiento, o en fin, de procurar a una u otra parte, o ambas, la facultad de retractarse. De acuerdo con esto, existen tres especies de arras: 1º Simplemente confirmatorias, entregadas como prueba simbólica o señal de la formalización del contrato (ARRHA IN SIGNUM CONSENSUS INTERPOSITI DATA). Antiguamente se trataba de objetos de poco valor o de algunas monedas. Si el contrato se realiza, las arras deben restituirse a quien las dió o imputarse a buena cuenta del precio; si no se realiza, la parte inculpable tiene derecho a la indemnización de perjuicios mediante liquidación judicial; 2º Arras confirmatorias penales dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación anticipada de los perjuicios (ARRHA CONFIRMATORIA), en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia de aquélla en cuanto ésta no es como aquéllas prestación real y anticipada; 3o. Arras de desistimiento o penitenciales (ARRHA POENITENTIALES), que toman la misma naturaleza de la multa penitencial ordinaria, diferenciándose sólo en que las primeras constituyen una prestación real y anticipada, mientras que la segunda entraña apenas la obligación de pagar en el futuro.

3.—En las arras penitenciales la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato mediante pena (ARRHA QUAE AD JUS PENITENDI PERTINET): quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante, cuando la prenda consista en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de la misma cosa en dinero. En las arras penales, éstas son a la vez señal de quedar convenidos los contratantes y garantía para el resarcimiento de los perjuicios en caso de incumplimiento. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual. La parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, o apropiarse las arras, caso de haberlas recibido, o restituirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado. La parte que dejó de cumplir el contrato no puede, como en las arras penitenciales, imponer a la otra uno u otro extremo.

4.—Tanto las arras confirmatorias penales como las arras penitenciales deben ser restituidas cuando el contrato se resuelva por mutua voluntad de las partes, o cuando

resulta imposible su cumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito. Salvo estipulación en contrario, las arras deben entenderse como dadas a cuenta del precio.

5.—Como la cláusula penal, las arras suponen siempre la existencia de una obligación principal, de la que constituyen su accesorio. Su validez y existencia están subordinadas a la validez y existencia de la obligación principal (C. C., artículo 1593). La nulidad de ésta acarrea indefectiblemente la nulidad de las arras, y en tal evento lo que se ha entregado por tal concepto puede ser repetido como dado sin causa.

6.—Nuestro Código Civil ha hablado de las arras únicamente en los contratos de compraventa y arrendamiento (C. C., arts. 1859, 1860, 1861, 1932 y 1979). Ellas tienen cabida tanto en las ventas consensuales como en las ventas solemnes. Por otra parte, la doctrina acepta que las reglas allí señaladas se aplican extensivamente a toda clase de contratos sinalagmáticos. Particularmente ellas tienen aplicación en las promesas de compraventa. El artículo 1859 se refiere a las arras penitenciales. Salvo estipulación en contrario, cuando en una venta o en una promesa de venta, las partes entregan arras, éstas se entienden penitenciales (C. C., art. 1861).

7.—Según los artículos 1859 y 1860 del C. C., el principal efecto de la estipulación de arras es permitir a cada una de las partes el desistimiento del contrato, dentro del plazo estipulado o —a falta de éste— dentro de los dos meses subsiguientes a la convención. Si antes de vencerse el plazo convencional o legal, las partes otorgan la correspondiente escritura pública dando cumplimiento a la promesa de venta solemne, o si se principia la entrega de las cosas vendidas iniciando la ejecución del contrato, se extingue el derecho de retractación, salvo estipulación expresa en contrario. Lo cual es obvio, porque al cumplirse el contrato en todo o en parte, hay una renuncia tácita de la facultad de desistir. En estos casos, el dinero entregado a título de arras debe imputarse a buena cuenta del precio si fue dado por el comprador, o debe devolverse al vendedor en caso contrario.

8.—La estipulación de arras penitenciales en la venta o en la promesa de venta es un pacto accesorio al contrato principal. Por medio de tal estipulación las partes celebran un contrato condicional. En la promesa de venta ella constituye una condición resolutoria. La promesa se resuelve si una de las partes desiste dentro del plazo convencional o legal. En tal caso, la otra parte no puede exigir del que se retracta, el cumplimiento de la promesa: sólo puede retener las arras o pedirlas dobladas, según el caso. Expirado el plazo dentro del cual podía ejercitarse la facultad de desistir, la condición resolutoria se considera fallida (C. C., artículo 1539) y el contrato debe ejecutarse.

9.—Si se dieren arras "como parte del precio" o "como señal de quedar convenidos los contratantes", y éstas expresiones u otras equivalentes se hicieren constar por escrito en una compraventa consensual, o por escritura pública en una compraventa solemne, el contrato queda perfecto y las partes no pueden retractarse. En estos casos las arras son simplemente confirmatorias, pues se entregan en señal de la celebración o ejecución del contrato (ARGUMENTUM EMPTIONIS ET VENDITIONIS CONTRACTUS). Respecto de las arras confirmatorias penales, se observa que aunque ellas no están reglamentadas expresamente en las disposiciones sobre compraventa, pueden existir como modalidades de este contrato o de una promesa con sujeción a las normas pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal de que trata el Título XI del Libro 4º del Código Civil.

10.—Las obligaciones naturales autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas, cuando el pago se ha hecho voluntariamente por quien tenía la libre administración de sus bienes. Tales obligaciones son imperfectas, porque no confieren derecho al acreedor para exigir su cumplimiento ante los jueces. La obligación natural, como la civil, es un vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad de satisfacer la prestación que constituye su objeto y que al cumplirse autoriza al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en virtud de ella: no confiere ACCION al acreedor, pero sí concede a éste excepción para oponerse a la demanda de restitución que promueve el deudor que pagó. La solución o pago efectivo de una obligación es exclusivamente voluntaria y si tal pago reú-

ne los requisitos legales, no puede ser repetido por el deudor (C. C., artículos 1527, 2312 y 2315). Las obligaciones naturales, en el concepto de nuestra ley no son simples deberes morales que obligan en el fuero de la conciencia y del honor del individuo. Son algo más. Son obligaciones imperfectas, o porque así nacieron o porque perdieron su eficacia como obligaciones civiles. En el caso del ord. 3º del art. 1527 del C. C. se trata de obligaciones naturales resultantes de actos que reuniendo todas las condiciones requeridas para su validez intrínseca, no han sido revestidos de las formas externas prescritas por la ley para su eficacia.

11.—La promesa de venta de un inmueble que no se haya formalizado por escrito es un acto que carece de toda validez no solamente por la omisión de las solemnidades externas necesarias para su perfeccionamiento sino por la imposibilidad de que aparezcan cumplidos los requisitos de fondo exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Baste observar que requiriéndose la determinación del contrato en forma tal "que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades legales", este requisito nunca podrá hallarse cumplido en una promesa verbal sobre venta de un inmueble. Tal promesa, 'no produce obligación alguna', como dice la ley.

12.—La promesa de venta de un inmueble es contrato, además de solemne, bilateral y conmutativo, que sólo da nacimiento a obligaciones de hacer: los prometientes sólo se obligan a otorgar la correspondiente escritura de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito. El incumplimiento de la promesa da las acciones a que se refiere el artículo 1610 del C. C., según el cual, constituído el deudor en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de perjuicios, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª Que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª Que el deudor lo indemnice de los perjuicios resultantes del contrato". Si el acreedor insiste en la ejecución de la promesa, puede acudir al juez para que se apremie al deudor a fin de que se otorgue la promesa, y si requerido no lo hiciere dentro del plazo que le señale el juez, éste podrá proceder a hacerlo en su nombre (Ley 66 de 1945, art. 1º).

13.—En el supuesto de una promesa verbal de venta de inmueble, el dinero entregado por el prometiente comprador al prometiente vendedor, por anticipo del precio o como arras, no podrá ser retenido por éste so pretexto de haber sido recibido en pago de una obligación natural resultante de contrato inválido por carencia únicamente de meras solemnidades externas. La promesa es inexistente no sólo por la omisión de formalidades externas sino por faltar los requisitos exigidos por la ley en razón de la naturaleza del acto. Por consiguiente, en ella no se generan obligaciones civiles ni naturales. Es obvio, por lo demás, que si por virtud del convenio verbal ambos prometientes, cumpliendo un deber moral al hacer honor a la palabra empeñada, perfeccionan la compraventa mediante el otorgamiento de la escritura pública, es imposible siquiera imaginar un pago de lo indebido (en cuyo ámbito tiene aplicación la doctrina de las obligaciones naturales), ya que las prestaciones de comprador y vendedor se sirven recíprocamente de causa.

14.—La Corte con apoyo en los artículos 5, 8 y 18 de la Ley 153 de 1887, ha establecido en jurisprudencia constante y uniforme, que el enriquecimiento injusto es fuente de obligaciones civiles, consagrando al efecto la acción de IN REM VERSO, para cuyo ejercicio se requieren las siguientes condiciones: a) empobrecimiento del actor; b) enriquecimiento del demandado; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; d) ausencia de causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial; e) inexistencia de cualquier otra acción encaminada al mismo fin; f) que no se burle una prohibición imperativa de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis (6) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte sobre la demanda de casación formulada por la parte actora contra la senten-

cia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona el 20 de agosto de 1954 en el juicio ordinario de Teófilo Castillo contra José Santana Chacón sobre restitución de una suma de dinero.

I.—Antecedentes.

1.—En los primeros días del mes de abril de 1953 Teófilo Castillo y José Santana Chacón ajustaron verbalmente un convenio según el cual el primero se comprometió a vender y el segundo a comprar por la suma de $ 140.000.00 la finca de propiedad del último denominada "Santa Teresa" ubicada en jurisdicción municipal de Villa del Rosario.

2.—Castillo entregó anticipadamente a Chacón la suma de $ 10.000.00 como "arras" de este negocio, según reza el recibo firmado por éste y aceptado por aquél, en los siguientes términos:

"Cúcuta, abril 7 de 1953. — Recibí del señor José Pérez, por cuenta del señor Teófilo Castillo, la cantidad de $ 10.000.00 diez mil pesos m/cte. como arras del negocio de la finca denominada Santa Teresa. Ubicada (sic) en el municipio de Villa Rosario, Departamento Norte de Santander. — En constancia le firmo el presente recibo. José S. Chacón".

3.—Chacón estuvo dispuesto inicialmente a dar cumplimiento al negocio a tal punto que ordenó extender en la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta la correspondiente escritura de compraventa, pero Castillo manifestó hallarse enfermo y se negó a firmarla.

4.—Frustrada así la negociación, Castillo propuso posteriormente a Chacón que llevaran a cabo la compraventa proyectada, ofreciendo darle $ 5.000.00 sobre el precio antes acordado, o que desistieran definitivamente del negocio mediante la devolución de la suma de $ 8.000.00 tomada de la que se había dado anticipadamente como arras.

5.—Chacón no aceptó ninguno de los extremos de la fórmula presentada por Castillo y resolvió enajenar la finca a otras personas.

6.—Chacón se negó a restituir la suma de $ 10.000.00 recibida como "arras", considerando que la había ganado legítimamente a causa del incumplimiento del negocio por parte de Castillo.

7.—En tales circunstancias, Castillo promovió juicio ordinario contra Chacón ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta para que se condenara al demandado a restituir al actor la suma de $ 10.000.00 entregada "a buena cuenta del precio de $ 140.000.00 en que le quedó a vender el fundo Santa Teresa ubicado en jurisdicción municipal de Villa del Rosario", y a pagarle "el monto de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento del demandado en hacer la transferencia de dicha finca y así mismo, en no haberle restituido la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) que recibió anticipado por parte del precio". Como súplica subsidiaria, el actor pidió que se declarara "que el demandado se ha enriquecido sin justa causa a costa del actor, estando obligado a devolverle en el término de ocho días, los diez mil pesos ($ 10.000.00) que dice haber recibido de éste en arras".

8.—En sentencia del 3 de febrero de 1954, el juez a quo condenó al demandado a restituir al actor la suma de $ 10.000.00 que Chacón había recibido de Castillo el 7 de abril de 1953. El Juzgado consideró que el convenio verbal ajustado entre Castillo y Chacón no era un contrato de compraventa, ni una promesa de compraventa, y que la suma de $ 10.000.00 objeto de la litis, no era legalmente constitutiva de arras. Por lo mismo dedujo, la acción subsidiaria de "in rem verso" en razón de un enriquecimiento sin causa.

9.—Apelado el fallo de primera instancia por el demandado, el Tribunal Superior de Pamplona lo revocó en sentencia del 20 de agosto de 1954 que absolvió de todos los cargos de la demanda.

10.—Contra la sentencia del Tribunal interpuso oportunamente recurso de casación la parte actora. Tramitado en legal forma, el negocio se encuentra preparado para que la Corte pronuncie la decisión de fondo.

II.—Sentencia acusada.

El fallo del Tribunal se funda en las consideraciones que en seguida se sintetizan:

1º—El convenio verbal ajustado entre Castillo y Chacón no puede aceptarse como compraventa, ya que en tratándose de inmuebles el contrato es solemne y no se reputa perfecto sino desde que se otorgue escritura pública (C. C., artículo 1857); ni promesa de compraventa, ya que no se cumplieron ni en la forma ni en el fondo los requisitos exigidos para su validez (Ley 153 de 1887, artículo 89); ni como una simple opción, ya que no se estipuló ni plazo ni condición para celebrar la compraventa (Ley 51 de 1918, artículo 23). De consiguiente, no hay base contractual para que una de las partes entregara y la otra recibiera determinada cantidad de dinero. La estipulación de arras convenida por las partes, carece de todo valor y eficacia y no es ni puede ser

fuente del derecho que el demandante invoca ni de la obligación correlativa del demandado sobre restitución de los $ 10.000.00 que Castillo entregó a Chacón. La estipulación de arras, que es una modalidad o pacto accesorio de la venta o de la promesa de compraventa, no puede existir independientemente, faltando el contrato principal a que accede tal estipulación.

2.—Al entregar Castillo a Chacón la suma de $ 10.000.00 como arras respecto de un contrato inexistente se contempla un pago de lo no debido. Pero como los contratos que carecen de las solemnidades legales para que produzcan efectos civiles, son fuente de obligaciones naturales (C. C., artículo 1527, inc. 4º ord. 3º), la promesa de venta con estipulación de arras, celebrada verbalmente entre Castillo y Chacón debe entenderse como creadora de tales obligaciones entre los contratantes. De consiguiente, la suma entregada por Castillo a Chacón a título de arras fue pagada a causa de una obligación natural. "Ante la invalidez e ineficacia de la promesa de la compraventa y de la estipulación de arras, el demandante Teófilo Castillo al entregar al demandado José Santana Chacón la suma de diez mil pesos no hizo otra cosa que cumplir una obligación natural, el deber moral de hacer honor a la palabra empeñada". Los actos y contratos en que falten las solemnidades legales exigidas para su plena validez, sí pueden producir y producen obligaciones naturales cuyo cumplimiento voluntario autoriza al acreedor para retener lo recibido y priva al deudor para pedir la restitución de lo pagado, de acuerdo con los artículos 1527, 2314 y 2315 del C. C. De consiguiente, Castillo no tiene la acción para repetir lo pagado a Chacón en razón de arras.

3º—"En el supuesto de que la acción de **in rem verso**, basada en le enriquecimiento sin causa, fuera procedente existiendo la acción especial de restitución por pago de lo no debido y aún fracasada ésta, tampoco puede prosperar en consideración a la existencia de una obligación natural porque si bien es verdad que hubo por una parte enriquecimiento y por la otra un empobrecimiento correlativo, también lo es que en este caso el enriquecimiento del demandado y el empobrecimento del demandante tienen por causa a la ley que autoriza al primero para retener lo recibido y no da acción al segundo para pedir la restitución de lo pagado en razón de un contrato que carece de las solemnidades exigidas por la ley".

Después de extensas consideraciones, el Tribunal resume sus puntos de vista sobre el caso **sub lite** así:

"De todo lo expuesto se concluye que en el presente caso de autos no hay base ni fundamento legal alguno para condenar a José Santana Chacón a restituir a Teófilo Castillo la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) como éste lo pide en la demanda.

"No por concepto de un contrato de venta ni de una promesa de compraventa ineficaces en absoluto por carecer de todas las solemnidades que la ley requiere para la validez de tales actos o contratos;

"No en concepto de pago de lo no debido, porque se interpone una obligación natural nacida precisamente de la falta de tales formalidades.

"No en concepto de un enriquecimiento sin causa que no existe porque la ley considera expresamente que esa misma obligación natural es causa bastante y razón suficiente que autoriza al demandado para retener lo recibido y priva al demandante de toda acción para pedir la restitución de lo entregado".

Pero el Tribunal al final del fallo declara que si Chacón no puede ser compelido judicialmente a restituir a Castillo los $ 10.000.00 "moralmente y en conciencia sí está obligado a hacerlo".

Tanto en el fallo del Tribunal como en el salvamento de voto del magistrado que se apartó de las conclusiones de la sentencia, se observa un laudable esfuerzo por agotar el estudio de las cuestiones doctrinales que suscita la decisión del presente negocio.

III.—Demanda de Casación.

Con apoyo en el artículo 520 del C. J. se acusa la sentencia recurrida con base en la causal primera de las indicadas en esta disposición, "por errada interpretación de determinadas disposiciones sustantivas, indebida aplicación de otras, falta de aplicación de las que luego se citan y por error de hecho y de derecho en la apreciación de una prueba que dió lugar a la violación indirecta de las disposiciones legales que en seguida se enumeran".

Los cargos aducidos pueden resumirse así:

1º—Violación directa y errada interpretación del artículo 1527 del C. C. y errada interpretación y aplicación indebida de los artículos 1626, 1859 y 1861 del mismo Código;

2º Violación indirecta de los artículos 1859, 1860 y 1861 por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que consiste en el

recibo de la suma de $ 10.000.00 que Castillo entregó a Chacón a título de arras y no a cuenta del precio de la venta proyectada entre los dos;

3º—Violación directa, por falta de aplicación al caso del pleito, de los principios que regulan la acción de **in rem verso** o de enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, y que la Corte Suprema de Justicia ha venido aceptando con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887.

IV—Examen de los cargos.

Al sustentar el primer cargo el recurrente expone el concepto de las obligaciones naturales, tal como aparece de la doctrina consagrada en el artículo 1527 del Código Civil, observa que ellas en realidad pueden proceder de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, y acepta que no se puede repetir lo pagado voluntariamente para cumplir una obligación simplemente natural, según lo preceptuado en el artículo 2315 del mismo código.

Pero el recurrente rechaza las conclusiones del Tribunal cuando éste en el fallo acusado sostiene que la suma de $ 10.000.00 entregado por Teófilo Castillo a José Santana Chacón constituye jurídicamente un pago en cumplimiento de cierta obligación natural.

Así razona el recurrente:

"La sola lectura del recibo otorgado por Santana Chacón nos lleva al convencimiento de que lo que se propusieron los presuntos contratantes fue dar, por parte del comprador una suma en prenda de la celebración del contrato, simplemente y no como parte del precio, o señal de quedar convenidos en el caso del artículo. 1861 del C. C.

"Y si esto es así, si se trata de arras penitenciales, mal se puede tener la suma entregada como precio o parte del precio y menos que el promitente comprador haya entregado voluntariamente esa suma como precio de lo que pretendía adquirir y consciente de que no estaba obligado al pago.

"No ha habido pago, que es la prestación de lo que se debe. Ha habido solamente entrega de una suma como arras penitenciales o sea, como ya se dijo, para cumplir una estipulación contractual, de carácter real y de naturaleza accesoria, vinculada como tal a la validez del contrato principal de promesa de celebrar la compraventa de un bien raíz que no habiéndose cumplido las formalidades esenciales del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, no produce obligación alguna.

"No hubo pues pago voluntario, es decir, con conocimiento de causa, a sabiendas, libre y espontáneo de una obligación que Castillo sabía no se le podría exigir por Santana Chacón. De ahí también que no era aplicable al caso del pleito el artículo 2315 del C. C. sobre devolución de la suma por pago de lo no debido. Porque Castillo al dar la suma para constituir la prenda, no hizo un pago.

"Cae pues por su base la tesis de la "Obligación natural" fundamento de la sentencia y se ve clara la violación del artículo 1527 del C. C. por indebida aplicación y del artículo 1628 por igual causa, a la vez que por erróneo interpretación del art. 1859 del C. C.".

En el último cargo se acusa la sentencia por infracción directa de la ley, a causa de no haberse aplicado al caso del pleito los principios que regulan la acción de **in rem verso** o de enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, acción que ha sido consagrada por la jurisprudencia de la Corte con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887.

El recurrente sustenta este cargo así:

"En realidad de verdad y dados los antecedentes del negocio no tiene justificación alguna la retención indebida que hace el demandado de la suma de diez mil pesos que le entregó Castillo como arras o prenda, señal de la intención de los contratantes de llevar a cabo un contrato de promesa que no se formalizó legalmente siendo totalmente ineficaz.

"La retención entraña un clásico enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de mi cliente y por lo demás se llenaron todos los requisitos que la jurisprudencia y los tratadistas han considerado como indispensables para que la acción progrese.

"Por ejemplo es injusto el empobrecimiento porque dada la nulidad del contrato de promesa de venta también lo es el pacto adicional y accesorio de arras.

"A la entrega de los diez mil pesos no corresponde contraprestación alguna del demandado.

"Se carece por parte del actor de cualquiera otra acción originada por un contrato, porque el que se propusieron las partes no tuvo vida por carencia de las solemnidades necesarias para su constitución que detalla el artículo 189 de la Ley 153 de 1887, ni es el caso de un cuasi-contrato,

ni delito, ni cuasidelito, ni de acción de las que se desprenden de los derechos absolutos.

"No era viable la acción de pago de lo no debido que consagran los artículos 2313, 2314, 2315, 2316 y 2317 del Código Civil porque como se vió atrás, la entrega del dinero fue a título de simples arras y no como parte del precio según el artículo 1861 del C. C., porque precisamente no hubo pago.

"Se ve pues que el demandante no tiene otro medio de obtener lo entregado a Santana Chacón y que éste injustamente retiene, que la acción **in rem verso**, propuesta y que desechó el Tribunal con desconocimiento y violación de las disposiciones que se acusan por falta de aplicación".

Se considera:

1.—Todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes contratantes. El contrato no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo de las partes o por causas legales (C. C., art. 1602) Las obligaciones nacidas del contrato pueden extinguirse por cualquier convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer de lo suyo, consientan en darlas por inexistentes (C. C., artículo 1625). Pueden renunciarse todos los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante, siempre que ello no esté prohibido por la ley o que no contravenga el orden público o las buenas costumbres. (C. C., artículos. 15 y 16).

He ahí un compendio de los principios que consagran la autonomía de la voluntad en el campo contractual.

2.—Dentro de estos principios, la doctrina acepta la validez de la estipulación por medio de la cual se autoriza a una de las partes para desistir del contrato mediante el pago de una multa previamente convenida, sin que la otra parte tenga derecho de insistir en la ejecución del contrato o de exigir cualquier otra cosa a título de indemnización de perjuicios. Este pacto se llama de multa o de arrepentimiento **(multa poenitentialis, pactum displicentiae, faculté de dédit).**

Aunque guarda similitud con la cláusula penal, ésta en principio no autoriza al deudor para retractarse del contrato. Por medio de la cláusula penal se pacta una indemnización alzada que no priva al acreedor de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato (C. C., arts. 1592 y 1594).

Un contrato se celebra con multa penitencial o de arrepentimiento cuando en él se ha estipulado determinada prestación, que una de las partes o ambas se obliguen a pagar en el caso de que quieran retractarse del contrato. El contratante en cuyo favor se consagra la facultad de desistimiento tiene entonces opción de cumplir el contrato o de pagar la multa. Cuando el contrato se ha cumplido en todo o en parte, se renuncia tácitamente a la facultad de desistir de él.

La multa de arrepentimiento o penitencial puede consistir o en un simple compromiso de pago, o en una prestación real y efectiva que una parte hace a la otra en el momento del contrato. En este caso se contempla una especie de **prenda** que los autores bautizan con el nombre de **prenda penitencial.**

3.—En sentido lato, prenda o arras es la entrega de una cosa (generalmente dinero) por uno de los contratantes al otro, en señal de un contrato que se celebra, y con el fin: o simplemente de confirmar el contrato mismo, o de confirmarlo y garantizar su ejecución, convirtiéndose entonces en estimación de los perjuicios por el incumplimiento, o en fin, de procurar a una u otra parte, o ambas, la facultad de retractarse. De acuerdo con esto, existen tres especies de arras:

1º — Simplemente confirmatorias, entregadas como prueba simbólica o señal de la formalización del contrato **(arrha in signum consensus interpositi data).** Antiguamente se trataba de objetos de poco valor o de algunas monedas. Si el contrato se realiza, las arras deben restituirse a quien las dió o imputarse a buena cuenta del precio; si no se realiza, la parte inculpable tiene derecho a la indemnización de perjuicios mediante liquidación judicial;

2º — Arras confirmatorias penales dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación anticipada de los perjuicios **(arrha confirmatoria)** en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia en cuanto ésta no es como aquellas prestación real y antelada;

3º—Arras de desistimiento o penitenciales (arrha poenitentialis), que toman la misma naturaleza de la multa penitencial ordinaria anteriormente examinada, diferenciándose sólo en que las primeras constituyen una prestación real y anticipada, mientras que la segunda entraña apenas la obligación de pagar en el futuro.

Es importante distinguir los efectos de las dos últimas especies de arras.

En las arras penitenciales la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato mediante

pena (arrha quae ad jus poenitendi pertinet): quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas; quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante, cuando la prenda consiste en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de la misma cosa en dinero.

En las arras penales, éstas son a la vez señal de quedar convenidos los contratantes y garantía para el resarcimiento de los perjuicios en caso de incumplimiento. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual. La parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, y de apropiarse las arras, caso de haberlas recibido, o restituirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado. La parte que dejó de cumplir el contrato no puede, como en las arras penitenciales, imponer a la otra uno u otro extremo.

Tanto las arras confirmatorias penales como las arras penitenciales deben ser restituídas cuando el contrato se resuelve por mutuo voluntad de las partes o cuando resulta imposible su cumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito.

Salvo estipulación en contrario, en el caso de cumplimiento del contrato, las arras deben entenderse como dadas a cuenta del precio.

Cómo cláusula penal, las arras suponen siempre la existencia de una obligación principal, de la que constituyen su accesorio. Su validez y existencia están subordinadas a la validez y existencia de la obligación principal (C. C., artículo 1593). La nulidad de ésta acarrea indefectiblemente la nulidad de las arras, y en tal evento lo que se ha entregado por tal concepto puede ser repetido como dado sin causa.

4.—Nuestro Código Civil ha hablado de las arras únicamente en los contratos de compraventa y arrendamiento (arts. 1859, 1860, 1861, 1932 y 1979). Ellas tienen cabida tanto en las ventas consensuales como en las ventas solemnes. Por otra parte, la doctrina acepta que las reglas allí señaladas se aplican extensivamente a toda clase de contratos sinalagmáticos. Particularmente ellas tienen aplicación en las promesas de compraventa.

El artículo 1859 se refiere a las arras penitenciales tanto en la venta como en la promesa de venta cuando establece lo siguiente:

"Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse: el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas".

Salvo estipulación en contrario, cuando en una venta o en una promesa de venta, las partes entregan arras, éstas se entienden penitenciales (C. C., art. 1861).

Según los artículos 1859 y 1860 del Código Civil, el principal efecto de la estipulación de arras es permitir a cada una de las partes el desistimiento del contrato, dentro del plazo estipulado o —a falta de éste— dentro de los dos meses subsiguientes a la convención. Si antes de vencerse el plazo convencional o legal, las partes otorgan la correspondiente escritura pública dando cumplimiento a la promesa de venta solemne, o si se principia la entrega de las cosas vendidas iniciando la ejecución del contrato, se extingue el derecho de retractación, salvo estipulación expresa en contrario. Lo cual es obvio, porque al cumplirse el contrato en todo, o en parte, hay una renuncia tácita de la facultad de desistir. En estos casos, el dinero entregado a título de arras debe imputarse a buena cuenta del precio si fue dado por el comprador, o debe devolverse al vendedor en el caso contrario.

La estipulación de arras penitenciales en la venta o en la promesa de venta es un pacto accesorio al contrato principal. Por medio de tal estipulación las partes celebran un contrato condicional.

En la promesa de venta la estipulación de arras penitenciales constituye una condición resolutoria. La promesa se resuelve si una de las partes desiste dentro del plazo convencional o legal. En tal caso la otra parte no puede exigir del que se retracta, el cumplimiento de la promesa: sólo puede retener las arras o pedirlas dobladas, según el caso. Expirado el plazo dentro del cual podía ejercitarse la facultad de desistir, la condición resolutoria se considera fallida (C. C., artículos 1539) y el contrato debe ejecutarse.

Si se dieren arras "**como parte del precio**" o "**como señal de quedar convenidos los contratantes**" y estas expresiones u otras equivalentes se hicieren constar por escrito en una compraventa consensual, o por escritura pública en una compraventa solemne, el contrato queda perfecto y las partes no pueden retractarse. En estos casos las arras son simplemente confirmatorias, pues se entregan en señal de la celebración o ejecución del contrato (**argumentum emptionis et venditionis contractus**).

Respecto de las arras confirmatorias penales, se observa que aunque ellas no están reglamen-

tadas expresamente en las disposiciones sobre compraventa, pueden existir como modalidad de este contrato o de una promesa, con sujeción a las normas pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal de que trata el Título XI del Libro 4º del Código Civil (Casación, julio 10 de 1953, LXXV, 551 y 552).

5.—Es indudable que en el caso **sub judice** las partes quisieron ajustar verbalmente una promesa de compraventa con estipulación de arras penitenciales. El recibo de los $ 10.000.00 expedido por Chacón a favor de Castillo habla de "**arras**" y esta expresión en los términos de la ley significa facultad para desistir del contrato.

Pero como lo reconoce el Tribunal, el contrato de promesa no tuvo eficacia y validez por la carencia absoluta de los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En estas circunstancias la estipulación de arras no podía producir ningún efecto como tal. Como se deja expuesto anteriormente y como lo ha aceptado la doctrina de esta Sala, "las arras constituyen una estipulación de carácter real y de naturaleza accesoria, vinculada como tal a la validez del contrato a que accede" (Casación, julio 30 de 1941, LII, 25).

Mas para el Tribunal, "la promesa de compraventa, ineficaz e inválida por la falta de las solemnidades exigidas perentoriamente por la ley, daría nacimiento a una obligación natural conforme al artículo 1527 del C. C. que impediría y haría imposible el ejercicio tanto de la acción de restitución por pago de lo no debido, como de la acción de **in rem verso**, por enriquecimiento sin causa."

A lo cual observa la Sala:

A)—Es cierto que las obligaciones naturales autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas, cuando el pago se ha hecho voluntariamente por quien tenía la libre administración de sus bienes. Tales obligaciones son imperfectas porque no confieren derecho al acreedor para exigir su cumplimiento ante los jueces. La obligación natural, como la civil, es un vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad de satisfacer la prestación que constituye su objeto y que al cumplirse autoriza al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en virtud de ella: no confiere acción al acreedor, pero sí concede a este excepción para oponerse a la demanda de restitución que promueva el deudor que pagó. La solución o pago efectivo de una obligación natural es exclusivamente voluntaria y si tal pago reúne los requisitos legales no puede ser repetido por el deudor (C. C., artículos 1527, 2312 y 2315).

Las obligaciones naturales, en el concepto de nuestra ley no son simples deberes morales que obligan en el fuero de la conciencia y del honor del individuo. Son algo más. Aubry y Rau dicen:

"Las obligaciones simplemente naturales son de una parte los deberes que, fundados en una causa jurídica que engendra naturalmente, en provecho de una persona contra otra, un derecho a una prestación, serían legítima y racionalmente susceptible de llegar a ser objeto de una coerción externa, pero que el legislador no ha considerado conveniente reconocer como obligaciones civiles. Las obligaciones simplemente naturales son de otra parte las obligaciones a la vez civiles y naturales en su origen, a las cuales el legislador, por motivos de utilidad social, ha retirado el derecho de acción" ("Cours de Droit Civil Francais", 5ª edit., t. 4, Nº 297, pág 5).

Las obligaciones naturales son imperfectas, o porque así nacieron o porque perdieron su eficacia como obligaciones civiles. Dice Claro Solar, comentando el artículo 1470 del C. C. de Chile (idéntico al 1527 del nuestro):

"La enumeración que hace el art. 1470 corresponde a esta doble situación. Las indicadas en los números 1º y 3º, corresponden a la primera clase: son obligaciones abortadas, obligaciones que no han llegado a perfeccionarse, sea en razón de la incapacidad del deudor, sea por falta de solemnidades que la ley exige para la validez del acto que las origina. Las indicadas en los números 2º y 4º, corresponden a la segunda clase: son obligaciones degeneradas o desvirtuadas; obligaciones que eran civiles perfectas que se han extinguido como tales por la prescripción, u obligaciones civiles perfectas que demandadas judicialmente no han sido reconocidas por falta de la prueba que el acreedor tenía que rendir ante la negativa o desconocimiento del deudor" (Luis Claro Solar, "Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado", T. X, Nº 23, pág. 37).

B)—Según el ordinal 3º del artículo 1527 C. C., son obligaciones naturales "las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado, impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida". En este caso, se trata de obligaciones resultantes de actos que reuniendo todas las condiciones

requeridos para su validez intrínseca, no han sido revestidos de las formas externas prescritas por la ley para su eficacia civil.

Dice el artículo 89 de la Ley 153 de 1887:

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1º Que la promesa conste por escrito. 2º Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1611 del Código Civil (debió citarse el a. 1502). 3º Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4º Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado. Queda derógado el artículo 1611 del Código Civil".

Ahora bien, la promesa de venta de un inmueble que no se haya formalizado por escrito es un acto que carece de toda validez no solamente por la omisión de las solemnidades externas necesarias para su perfeccionamiento sino por la imposibilidad de que aparezcan cumplidos los requisitos de fondo exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Baste observar que, requiriéndose la determinación del contrato en forma tal "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades legales", este requisito nunca podrá hallarse cumplido en una promesa verbal sobre venta de un inmueble. Tal promesa "no produce obligación alguna", como dice la ley.

En efecto:

De acuerdo con lo prescrito en el ordinal 1º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, tiene el carácter de contrato solemne, ya que para su perfeccionamiento y validez se exige que "la promesa conste por escrito", requisito exigido no **ad probationem** sino **ad substantiam actus**. Sin el cumplimiento de tal formalidad y sin el lleno de los demás requisitos enumerados en aquella disposición, la promesa de contrato no produce efecto alguno.

"Si la promesa de contrato —ha dicho esta Sala— es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para su existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se haya omitido alguna de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del C. C. En efecto: conforme a esta disposición es nulidad absoluta la "producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan". Los requisitos o formalidades prescritas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez de la promesa de venta son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto, aceptado en nuestro derecho excepcionalmente como forma contractual ajustada a ciertas restricciones que garantizan la seriedad de las promesas y la constancia cierta de los compromisos contraídos" (Casación, diciembre 13 de 1954, LXXIX, 245).

Por otra parte, la promesa de venta de un inmueble es contrato, además de solemne, bilateral y conmutativo, que sólo da nacimiento a obligaciones recíprocas de hacer: los prometientes sólo se obligan a otorgar la correspondiente escritura de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito. El incumplimiento de la promesa da las acciones a que se refiere el artículo 1610 del C. C., según el cual, constituido el deudor en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de perjuicios, cualquiera de estas tres cosas a elección suya: 1ª Que se apremie el deudor para la ejecución del hecho convenido; 2º Que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3º Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Si el acreedor insiste en la ejecución de la promesa, puede acudir al juez para que se apremie al deudor a fin de que otorgue la corespondiente escritura pública de venta, y si requerido no lo hiciere dentro del plazo que le señale el juez, éste podrá proceder a hacerlo en su nombre (Ley 95 de 1945, art. 1º).

6.—Conforme a todo lo anterior se tiene:

A)—En el supuesto de una promesa verbal de venta de inmueble, como en el caso **sub judice**, el dinero entregado por el prometiente comprador al prometiente vendedor, como anticipo del precio o como arras, no podrá ser retenido por éste so pretexto de haber sido recibido en pago de una obligación natural resultante de contrato inválido por carencia únicamente de meras solemnidades externas.

Como se ha dicho atrás, la promesa es inexistente no solo por la omisión de formalidades ex-

ternas sino por faltar los requisitos de fondo exigidos por la ley en razón de la naturaleza del acto. Por consiguiente, en ella no se generan obligaciones civiles ni naturales. Es obvio, por lo demás, que si por virtud del convenio verbal ambos prometientes, cumpliendo un deber moral al hacer honor a la palabra empeñada, perfeccionan la compraventa mediante el otorgamiento de la escritura pública, es imposible siquiera imaginar un pago de lo indebido (en cuyo ámbito tiene aplicación la doctrina de las obligaciones naturales), ya que las prestaciones de comprador y vendedor se sirven recíprocamente de causa.

B)—En relación con la entrega de arras penitenciales, éstas no se dan en razón de una obligación nacida del contrato de promesa sino en virtud de un pacto accesorio que no puede subsistir independientemente sin la existencia de aquél. Las arras se entregan para que las partes puedan desistir de la promesa. Quien las recibe sólo tiene derecho a ellas cuando el contratante que las dió, ha desistido del contrato.

De consiguiente, el fallo recurrido viola los artículos 1527 y 1626 del C. C., por aplicación indebida, al considerar erróneamente el Tribunal que el dinero entregado como arras a Chacón constituyó el pago de una obligación natural.

Por consiguiente, la Sala encuentra fundado el primer cargo y deberá casarse la sentencia acusada pronunciando el correspondiente fallo de instancia.

V—Sentencia de instancia.

Los hechos que atrás se dejan relacionados y sobre los cuales no hay discrepancia fundamental entre las partes, estructuran un caso de enriquecimiento indebido que da lugar a la acción de **in rem verso** ejercitada subsidiariamente en el libelo de demanda, a fin de que el demandado sea condenado a restituir al actor la suma de $ 10.000.00 recibida por aquél.

La Corte Suprema de Justicia, con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, ha establecido en jurisprudencia constante y uniforme, que el enriquecimiento injusto es fuente de obligaciones civiles, consagrando al efecto la acción de **in rem verso**, para cuyo ejercicio se requieren las siguientes condiciones: a) empobrecimiento del actor; b) enriquecimiento del demandado; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; d) ausencia de causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial; e) inexistencia de cualquier otra acción encaminada al mismo fin; f) que no se burle una prohibición imperativa de la ley (Casaciones, septiembre 19 de 1936, XLIV, 435, noviembre 19 de 1936, XLIV, 474; abril 14 de 1937, XLV, 29; octubre 6 de 1937, XLV, 803; septiembre 6 de 1940, L, 38; julio 30 de 1941, LII, 21).

Se encuentran reunidas en el presente caso los elementos que integran un enriquecimiento torticero, porque al lado del desplazamiento patrimonial que al mismo tiempo empobrece al uno y enriquece al otro, brilla por su ausencia la causa jurídica que justifique tal desequilibrio, y no aparece además otra acción para impedirlo, como ha quedado expuesto anteriormente.

De consiguiente, la Corte confirmará la sentencia del Juzgado Primero del Circuito de Cúcuta que ordena a José Santana Chacón devolver a Teófilo Castillo la suma de $ 10.000.00 recibida el 7 de abril de 1953.

VI—Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de fecha 20 de agosto de 1954, dictada en el presente juicio, y en su lugar confirma la sentencia pronunciada el 3 de febrero de 1954 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, por medio de la cual se declara que el señor José Santana Chacón está obligado a devolver, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, al señor Teófilo Castillo, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) que recibió el 7 de abril de 1953.

Sin costas.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. —José J. Gómez R. —Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DEMANDA SOBRE DECLARACION JUDICIAL DE PERTENENCIA

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

(Magistrado Ponente: Doctor Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 23 de septiembre de 1954, confirmó la proferida por el Juzgado Octavo Civil de este Circuito, el 25 de agosto de 1953, por medio de la cual se denegaron las peticiones de la demanda especial de pertenencia, instaurada por el Sr. Eduardo de la Cuadra, con citación y audiencia del Sr. Personero Municipal. No conforme con dicho fallo, el apoderado del señor de la Cuadra interpuso el recurso de casación.

Antecedentes:

El 16 de mayo de 1952, el señor Eduardo de la Cuadra, por medio de apoderado, solicitó que, con citación y audiencia del señor Personero Municipal de Bogotá, y mediante el trámite establecido en los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Ley 120 de 1928 y demás aplicables se declarara:

"Primero.—Que el señor Eduardo de la Cuadra, mayor y vecino de Bogotá, es dueño y le pertenece la casa de la carrera doce (12) número diez y ocho noventa y uno (18-91) y diez y ocho noventa y nueve (18-99) de Bogotá, junto con el terreno en que se halla edificada, en razón de haberla adquirido por prescripción adquisitiva del dominio y por haberla poseído a título de señor y dueño sin reconocer dominio ajeno desde el año de 1921 hasta la fecha, casa y terreno comprendidos dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, con la cuadra trece (13) de la carrera doce (12) antiguamente, hoy con carrera doce (12) por el Norte, con la cuadra diez y siete (17) de la calle diez y nueve (19) antiguamente, hoy con la calle (19) diez y nueve; por el Occidente, con propiedad que es o fue de Manuel Abello, y por el Sur, con propiedad que fue de Custodio Laverde".

"Segundo.—Que se ordene la inscripción de la declaración sobre pertenencia en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá".

Para apoyar las anteriores súplicas, el actor expresa que ha poseído y posee desde el año de 1921 el inmueble referido, en forma continua, tranquila y no interrumpida; que dicha posesión ha consistido en habitar la casa sin reconocer dominio ajeno, haberle hecho reparaciones y mejoras a costa suya, haber pagado los impuestos que la gravan, inclusive el de valorización, y haber atendido en forma permanente a la conservación general de la aludida casa desde el año citado hasta el presente (Fls 2 y 3 del c. 1º).

Notificado el libelo de demanda al señor Personero Municipal de esta ciudad, la contestó diciendo "que el inmueble objeto de la demanda figura inscrito en la Sección de Catastro y Nomenclatura del Municipio a nombre de la señorita Lilia de la Cuadra" (f. 5 ibidem).

Dentro del término del emplazamiento ordenado por el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, se hizo parte en el juicio la señorita Ida Blanco Escobar, quien por intermedio de su apoderado y después de negar los hechos de la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, en razón de que el inmueble objeto del litigio, es de su exclusiva propiedad, por haberlo adquirido de doña Lilia Escobar, por medio de la escritura número 1503, otorgada el 9 de julio de 1952, en la Notaría 3ª de este Circuito, aclaratoria de la marcada con el número 852, de 14 de mayo del mismo año, de la Notaría 6ª del mismo Circuito (fls. 47 y ss. ibidem).

Trabada así la litis, se decidió el negocio en las instancias con los fallos de que se habló al principio de esta providencia. El Tribunal, cuya sentencia ha sido acusada ante la Corte, para confirmar la de primer grado, se fundó en dos razones: "que el demandante es y ha sido mero tenedor y no un poseedor de la casa cuyo dominio pretende"; y que el demandante no comprobó haber ocupado el inmueble por un lapso de treinta años, sino únicamente de veintisiete, contados desde la época en que confiesa haber ini-

ciado esa ocupación hasta el día de la presentación de la demanda (fls. 92 y ss. ibidem).

Como ya se dijo, contra el citado fallo se interpuso el recurso de casación, mediante el cual se hacen dos cargos fundados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, que en seguida se estudian.

Cargo primero.—Dice el recurrente, con base en la aludida causal primera, que la sentencia viola los artículos 2512, 2513, 2518 y 2531 del Código Civil, y el 609 del Código Judicial, por la "apreciación errónea, que se produjo por error de derecho, en la apreciación legal del valor o contenido de las cartas privadas suscritas por el señor Eduardo de la Cuadra, de fechas 23 de diciembre de 1948 y 24 de enero de 1952, dirigidas a la señora Lilia de Blanco y que obran a los folios 14 y 15 del cuaderno Nº 3". Este error de derecho consistió en haber estimado el Tribunal, al valorar el mérito de las mencionadas cartas, que los actos ejecutados por de la Cuadra en la casa materia del pleito, fueron actos de mero tenedor o administrador, "cuando en realidad los actos de pagar impuestos, hacer mejoras y reparaciones del propio patrimonio de quien los ejecute son por su naturaleza actos de posesión".

Y que el mismo Tribunal, "incurrió en error de derecho al considerar, con base en lo aseverado por de la Cuadra en las referidas cartas, que los treinta años de prescripción extraordinaria no se habían cumplido cuando se inició la demanda de pertenencia. El término de veinticuatro años a que se refiere la primera carta y el de veintisiete años mencionado en la segunda, hacen relación a los años corridos a partir de la fecha en que la señora Lilia Escobar de Blanco, compró la casa, y como esta venta se efectuó el 2 de febrero de 1923, según la escritura que obra en el juicio, se llega a la conclusión que mi poderdante en las cartas manifestó en lo que se refiere exclusivamente a la señora Lilia, que él estaba en posesión en el tiempo de que tratan las cartas, pero de esta manifestación no se concluye que don Eduardo no tuviera la posesión material con anterioridad a la fecha en que dicha señora compró la casa, máxime cuando el testigo Luis Eduardo Barriga, apoderado de la señora Lilia en el contrato de compraventa de la casa, afirma que con anterioridad a la compra don Eduardo de la Cuadra ya ocupaba la casa, afirmación que está corroborada con las declaraciones de los testigos Forero, Useche, y Sastoque, declaraciones que no fueron tenidas en cuenta, ni de las cuales se ocupó el fallo que acuso".

Se considera:

En lo referente a las cartas, de las cuales dedujo el Tribunal que el actor se consideraba como mero tenedor y no como poseedor material de la casa, sobre la cual se discute, es preciso transcribir lo que se considera como pertinente de tales documentos, que es del siguiente tenor:

"Bogotá, 23 de diciembre de 1948. Señora Lilia de Balnco (sic). — Málaga-España.....En relación con la casa de la carrera 12, te diré: yo he estado poseyendo la casa desde hace aproximadamente 24 años; durante ese tiempo la he cuidado, he pagado todas las obras, reparaciones y mejoras que hubo necesidad de hacerle a fin de que no se destruyera; y he pagado todos los impuestos. Estos gastos los he hecho de mi propio peculio, de tal suerte que al yo entregártela, es de justicia que se me reconozca lo gastado en la conservación de la casa, como lo pagado por concepto de impuestos, además de lo que representa mi trabajo para cuidar de la misma, todo lo cual lo aprecio en la suma de Quince Mil Pesos Moneda Colombiana ($ 15.000.00). Es entendido que esta suma es para el caso de que lleguemos a un arreglo familiar, pues si este arreglo no lo hacemos dicha cantidad se elevaría. Te advierto que la casa en la actualidad vale más de Cien Mil pesos ($ 100.000.00), de modo que no es exagerada la suma que exijo" (Fl. 14 del C. 3º y subraya la Corte).

"Bogotá, 24 de enero de 1952. Señora Lilia de Blanco. — Málaga-España.....

...Respecto a la casa de la carrera 12 te diré: tú estás enterada según mi carta de 23 de diciembre de 1948, que durante veintisiete años, he pagado todas las obras, reparaciones y mejoras que ha habido necesidad de hacerle a fin de que no se destruyera, pues tú comprendes que una casa vieja requiere constantes reparaciones de toda índole, tanto más cuanto que las mejoras que se le han hecho, son notoriamente visibles, tales como embaldosinar corredores, enmarquesinar el patio principal, entablado del mismo, pintura de las paredes al temple, pintura de los frentes al óleo, hechura de la escalera que conduce a la azotea, alcantarillado, desagües, hechura de un sanitario, pues no había sino uno, papeles para las piezas, cementada del patio de la cocina y la azotea y muchas cosas mas que si me pongo a enumerarlas me haría interminable. Pues las por-

sonas que conocieron lo que fue esta casa y lo que es hoy, pueden dar su testimonio si la casa ha recibido notables mejoras o nó.

"Además el pago de impuestos que si no los hubiera atendido, la finca la hubieran rematado desde el año 43, como consta en el expediente que reposa en el Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales del Municipio, así como también con lo referente al impuesto de valorización, que tuve que poner un abogado que arreglara estas cosas, aparte de hipotecar un lote de propiedad de mi señora por Tres Mil Quinientos Pesos ($ 3.500-00); hacerle una hipoteca al Municipio de 1.370 v2. para garantizar el pago del impuesto y trancar el juicio ejecutivo, requisitos sin los cuales nada se hubiera podido hacer para salvar la casa; apelar a mi cesantía y algunas economías de la señora para atender el pago parcial de dicho impuesto. Todos estos gastos los he hecho de mi propio peculio, de tal suerte que es de justicia que se me reconozca y pague lo gastado en la conservación de la casa, como lo pagado por concepto de impuestos, además de lo que representa mi esfuerzo único, de cuidar y salvar esta casa que adquiriste por diez mil pesos y hoy vale cien mil" (F. 15 ibidem y subraya la Corte).

Como se ve, en estas cartas el actor reconoce a su hermana Lilia su condición de propietaria de la casa, a la vez que el carácter propio de ocupante a título de cuidandero de la misma, lo cual se desprende en forma clara de su contexto y de las expresiones que la Corte ha subrayado: así, en la primera de ellas dice que ha estado poseyendo la mentada casa durante unos veinticuatro años, que durante ese tiempo la ha cuidado, para añadir en seguida que "de tal suerte que, al yo entregártela, es de justicia que se me reconozca y pague lo gastado en la conservación de la casa.... además de lo que representa mi trabajo para cuidar de la misma, todo lo cual lo aprecio en la suma de quince mil pesos"; y en la segunda expresa que "es de justicia que se me reconozca y pague lo gastado en la conservación de la casa, como lo pagado por concepto de impuestos, además de lo que representa mi esfuerzo, único, de cuidar y salvar esta casa Que adquiriste por Diez Mil Pesos y hoy vale Cien Mil" (subraya nuevamente la Corte).

De esta suerte, estas dos cartas (autenticadas por su autor), contienen dos reconocimientos de la propiedad del inmueble por parte de la demandada: uno expreso, claro y terminante, al decir el actor que la casa la adquirió aquélla por diez mil pesos y que se le entregará, pues quien se considera dueño y en esa virtud está ejecutando actos de dominio en un bien, no manifiesta a quien tiene título su voluntad o intención de devolvérselo o entregárselo; y otro implícito, pero no menos claro, al reclamar lo que ha invertido durante largos años en cuidarla y conservarla, naturalmente que para su dueña, pues por ello reclama que es de justicia que se le reconozca y pague todo lo que durante ese tiempo ha gastado en ello. Y este segundo reconocimiento es no menos claro y terminante, se repite, pues el dueño de una casa no reclama a un tercero lo invertido en conservarla.

El recurrente recalca sobre dos aspectos de las cartas, para deducir que el actor sí ejercitó actos de posesión material y no de mera tenencia: el uno es el de que en la primera de ellas afirma que "yo he estado poseyendo la casa desde hace aproximadamente veinticuatro años"; y el otro es el de expresar que durante veintisiete años ha pagado los impuestos y ha realizado las obras, mejoras y reparaciones que ha habido necesidad de hacerle a la casa, a fin de que no se destruyera.

La respuesta es obvia a estas alegaciones: en cuanto a lo primero, olvida el recurrente que no se ha empleado la expresión "poseyendo la casa", o sea, no se usa el término de "posesión" en el sentido técnico de tener una cosa como propia, con firme creencia de que es suya, aunque así no lo sea (art. 762 del c. c.), sino en el sentido vulgar de tener una cosa corporal con el propósito de conservarla para sí o para otro, esto es, sin ánimo de dueño, como simple tenedor; y en cuanto a lo segundo, olvida el recurrente también el contexto o contenido total de las cartas, en las cuales reconoce el actor el dominio de su hermana, le manifiesta su intención de entregarle el inmueble por ser suyo, pues lo ha adquirido por diez mil pesos y, precisamente a causa de ello, le reclama lo que ha invertido en reparaciones, mejoras, impuestos, etcétera. Dicho de otro modo, el ocupante de la finca le pide al dueño que le reconozca lo que ha gastado por cuenta de éste en el mantenimiento del inmueble, si algo enseña la lógica: sería absurdo suponer que alguien esté ejercitando actos de posesión y que el valor que implican sus actividades posesorias se las exija a persona distinta.

No sobra anotar aquí que lo reconocido en las cartas lo está también en posiciones, en las cuales declara el actor que la casa en mención es la misma a que se refieren las cartas y que pretende en usucapión, y la misma que adquirió su hermana Lilia por compra hecha a César García y

Margarita Angel de García, según escritura Nº 235, de 2 de febrero de 1923 (folios 12 y ss. del c. 3º).

En lo referente al tiempo de la prescripción, dice el recurrente que en las aludidas cartas sólo se hace relación "a los años corridos a partir de la fecha en que la señora Lilia Escobar de Blanco compró la casa", pero que se olvida que, "con anterioridad a la fecha" de la compra del inmueble, el señor de la Cuadra estaba en posesión material del mismo. Esto se demuestra con la declaración de Luis Eduardo Barriga, confirmada por las de los testigos Rafael Forero, Antonio Useche y Serapio Sastoque, que no tuvo en cuenta el Tribunal. Alegaciones a las cuales se contesta:

Primero, que no es exacto que lo dicho en las cartas se refiera al tiempo contado a partir de la compra por parte de la señora de Blanco, como quiera que los términos son genéricos, o mejor, se refieren a todo el tiempo en que alega posesión el demandante: "yo he estado poseyendo la casa desde hace aproximadamente 24 años", dice en la primera; "durante veintisiete años he pagado todas las obras, reparaciones y mejoras que ha habido necesidad de hacerle a fin de que no se destruyera", dice en la segunda.

Y, además, que el tiempo lo computa el Tribunal como circunstancia secundaria, esto es, para la suposición de que "no estuviera plenamente demostrado que el demandante no es ni ha sido nunca poseedor de la casa".

Pero todo lo anterior se ha dicho con un criterio de amplitud, pues el recurrente no invocó como violados los artículos 762 y 981 del Código Civil, que son los que definen la posesión y dicen en qué consiste.

Como dice el apoderado de la opositora, "las normas legales de prescripción no pueden sentirse violadas sino cuando se ha demostrado que se han violado los principios sobre qué se entiende, en concepto del código, por posesión, y como sobre eso guarda absoluto silencio el recurrente, no es posible comparar el pensamiento del sentenciador sobre qué es posesión y por qué no la probó el señor de la Cuadra con lo que el Código Civil entiende por dicha posesión".

En consecuencia este cargo debe desecharse.

Cargo segundo.—Nuevamente alega el recurrente la causal primera de casación, diciendo que la sentencia viola la ley sutantiva, en los artículos 2512, 2513, 2518 y 2531 del código civil y 697 del código judicial.

La infracción proviene, según el recurrente, de la falta de apreciación de las declaraciones de los testigos Luis Eduardo Barriga, Antonio Useche, Rafael Forero y Serapio Sastoque Pinzón, pues en ninguna parte del referido fallo aparece que se hubieran tenido en cuenta tales testimonios, y tal omisión llevó al sentenciador a considerar como no probados los siguientes hechos: a). Que el actor "posee y ha poseído real y materialmente, durante más de treinta años contados desde fines del año de 1921, el inmueble objeto del juicio"; b). Que "ejerció dicha posesión con ánimo de señor y dueño"; y c). Que sin reconocer dominio ajeno, "ejecutó en el mismo inmueble reparaciones y mejoras útiles y necesarias, con dinero de su propio peculio y por su propia cuenta". Y concluye así el recurrente:

"En consecuencia, existió violación de la ley sustantiva al no haber apreciado la sentencia la prueba testifical mencionada, proveniente la violación de error de hecho que aparece de modo evidente en los autos, violación medio que trajo como resultado irremediable el quebrantamiento de la ley sustantiva", en los artículos mencionados al principio, por haber quedado sin efecto tales disposiciones.

Se considera:

El Juzgado, en su fallo de primera instancia, hizo el análisis de los testimonios citados por el recurrente, para concluír que Barriga hace una suposición sobre el ánimo de dueño con que de la Cuadra ocupaba la casa, que Useche no observó la posesión en forma continua y que Forero y Sastoque no dan razón de sus dichos, o mejor, de los hechos que relatan no se deduce la posesión.

Y es que, en efecto, leyendo tales declaraciones con cuidado, no aparece la posesión del dueño: así, Barriga afirma que "con anterioridad a la compra de la casa en cuestión, vivía allí (el señor de la Cuadra) en compañía de su hermana y de su madre doña Carolina" y que no sabe "quién le daba el dinero ni a nombre de quién cobraba" (f. 10 v. y 11 del c. 2º); Useche dice que don Eduardo no vivía sólo en aquella casa, sino también doña Lilia y su marido y que luego, cuando éstos se fueron para Europa, quedaron en la casa el citado don Eduardo y doña Carolina, pero no sabe si los gastos los hacía con dinero propio o ajeno y el declarante estuvo ausente de Bogotá por varios años (f. 12 ibidem); Forero no dá razón de sus dichos sobre actos de posesión

por parte del autor (f. 18 ibidem), como tampoco Sastoque, pues los dos ejecutaron algunas obras en el inmueble, sin saber con dineros de quién se hacían (f. 19 ibidem).

Esto sin tener en cuenta otras pruebas que desmienten el hecho de la posesión por parte del actor.

Pero el Tribunal encontró innecesaria la cita y análisis de los citados testimonios: "La labor probatoria del demandante —dice— se ha encaminado a la demostración del corpus. Pero sería ocioso que el Tribunal se detuviera a examinar minuciosamente la naturaleza y extensión de los actos que el demandante probó haber cumplido en el inmueble objeto de su acción, pues la opositora trajo a los autos pruebas plenas y concluyentes de que el señor de la Cuadra reconoce dominio ajeno, circunstancia que lo inhibía moral y legalmente para iniciar este pleito".

Tales pruebas son las dos cartas y las posiciones que absolvió el demandante de la Cuadra, sobre las cuales se expone el Tribunal:

"De la confesión judicial hecha en las posiciones y de la extrajudicial hecha en las dos cartas de que se viene hablando, aparece plenamente probado el hecho de que el actor desconoció a su hermana Lilia como propietaria de la casa, reservándose para sí la calidad de mero ocupante que ha tenido a su cargo el cuidado de la misma. Para el Tribunal no existe la menor duda acerca de la confesión clara, expresa e inequívoca que contiene las dos cartas".

Y más adelante agrega: "El Tribunal observa que la confesión judicial y extrajudicial del actor está en absoluta armonía con el contenido de las escrituras públicas acompañadas al escrito de oposición y de los certificados de registro visibles a los folios 19 y 20 del mismo cuaderno número 3. De todas estas pruebas instrumentales aparece, en efecto, que la señora Lilia Escobar adquirió la casa objeto del pleito mediante la escritura número 235, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá el 2 de febrero de 1923, y que más tarde, por escritura número 852, extendida en la Notaría Sexta de este mismo Circuito el 14 de mayo de 1952, vendió la expresada casa a la señorita Ida Blanco Escobar, quien no la ha enajenado hasta la fecha. Lo cual, por otra parte, acredita la personería sustantiva de la opositora" (f. 94 del presente cuaderno).

Así, pues, este cargo tampoco resulta demostrado y, por lo tanto, habrá de desecharse.

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 recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

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

Agustín Gómez Prada.—Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro L., Secretario.

INTERES JURIDICO DE LOS LEGATARIOS EN LA PARTICION DE BIENES DE UN JUICIO SUCESORIO

Es por todo concepto jurídico y natural que en la liquidación de la mortuoria se provea al pago de las asignaciones a título singular. Pero aunque los legatarios no ejerciten el derecho de provocar la partición de bienes, o en este acto no se incluyan sus asignaciones, o si para cubrirlas se destinan cosas diferentes de las que son el objeto propio de los legados, o de alguna manera se les omite, en nada, por esas causas y otras semejantes, va a demeritarse el título de su derecho, que se encuentra en el testamento y no en la partición de bienes hecha sin su aquiescencia. Por lo que tampoco aparece el fundamento legítimo de los legatarios para impugnar la partición de bienes cuando concretamente no alcanza a vulnerar sus derechos por no haber tomado ingerencia como partes de ese negocio jurídico.

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

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez)

El 29 de diciembre de 1948 falleció Carlos García Henao, quien había hecho testamento en forma cerrada el 9 de febrero anterior, día de su matrimonio en segundas nupcias con Luisa Ospina. Esta unión legitimó al hijo Carlos García Ospina.

Las diligencias que hicieron nuncupatativo el testamento, quedaron protocolizadas en la Notaría de Cartago, bajo el número 125, con fecha 3 de febrero de 1949. Fue instituído heredero universal Carlos García Ospina, y por ser menor de edad, el testador designó a Jorge García Velasco para ejercer la curatela, a la vez que le confirió el papel de partidor de la herencia. Hizo el causante varios legados, como la casa de Cartago y sus muebles para la viuda, así como también de $ 5.000 para cada uno de sus hermanos Roberto, Enrique, Carlota y Semiliana García H., y de $ 7.000 para su hermana María García H.; del propio modo que reconoció por el testamento ciertas deudas, como una de $ 12.000 a favor de su hermana Semiliana García H.

Abierto el juicio sucesorio en el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, continuaron los respectivos trámites en medio de varias incidencias, hasta que Jorge Ospina Lozano con poderes de algunos interesados, entre ellos del curador y partidor Jorge García Velasco, demandó la partición de bienes, la que fue decretada por auto de 9 de junio de 1950, con licencia de proceder a ella en cuanto al mejor de edad Carlos García Ospina.

Verificado el trabajo de partición por Jorge Ospina Lozano, con poder que le confiriera Jorge García Velasco, se presentaron nuevos incidentes con motivo de la práctica de inventario adicional para la inclusión de deudas. Llegó a concluirse que no era el caso de aceptar esa diligencia complementaria, y la partición, una vez desestimadas las objeciones propuestas por algunos interesados, se aprobó por el Juez del conocimiento en sentencia del 3 de noviembre de 1952, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó el 21 de junio de 1954.

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por Enrique García H., en su propio nombre y como apoderado de María García H. de Arcila, Carlota García H. de Uribe y Semiliana García H. de Barreneche, todos como legatarios, y esta última como acreedora de la sucesión de su finado hermano Carlos E. García H., dice el recurrente.

Se acusa la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y se aducen tres cargos:

Primer cargo.—Violación de los artículos 1382, 1383, y 1379 del Código Civil. En sentir del recurrente, el partidor Jorge Ospina L., no fue nombrado por nadie, no hubo licencia para proceder a la partición, como la exigía el heredero menor de edad, y el partidor no tomó posesión para entrar en el ejercicio de sus funciones.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 1162, 1170, 1176 y 1191 del Código Civil. La deuda testamentaria a favor de Semiliana García H.

de Barreneche no se incluyó en los inventarios ni en la partición, a pesar de que conforme al artículo 1191 hubo de tenérsele como legado gratuito. Y por otra parte, para el pago de los legados en dinero se adjudicó un inmueble, embargado por acreedores del causante.

Tercer cargo.—Violación del artículo 1191 del Código Civil, relativamente al legado a favor de Semiliana García H. de Barreneche, por cuanto en la partición no se menciona la deuda de $ 12.000 a su favor, reconocida en el testamento, no obstante que el Juez y el Tribunal entendieron que se trataba de un legado gratuito según esa misma norma civil.

Acepta el recurrente que no presentó objeciones en oportunidad, pero que como no existe acto legal de partición, los reparos que formula inciden en el presente recurso.

Se considera:

El interés jurídico con que se demanda en casación no es otro que el correspondiente a los legatarios o a los acreedores frente a la sentencia aprobatoria de la cuenta con que se liquida la comunidad universal causada por el fallecimiento de una persona.

Tienen derecho de reclamar contra el respectivo inventario, en lo que les pareciere inexacto, no sólo los herederos presuntos, y el albacea, y el cónyuge sobreviviente, y el curador de la herencia yacente, y los socios de comercio, y los fideicomisarios, sino también los favorecidos con legados y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito (Artículo 1312 del Código Civil). Y el inventario es la base de la partición.

Pero así como la muerte no es modo hábil en derecho para que las obligaciones trasmisibles se extingan, y antes bien para los legados se convierte en irrevocable la voluntad de donde dimana su existencia, no por el hecho de que acreedores o legatarios dejen de asistir al inventario, o porque sus reclamaciones no sean atendidas, ni entonces, ni en la partición, habrán de ver sacrificados sus respectivos derechos a consecuencia de actos en que, si son interesados, no tienen verdaderamente el carácter de partes, mientras no hayan dado su aquiescencia expresa o tácitamente.

La comunidad universal no se forma sino entre los coherederos, por virtud del título también universal con que son llamados a la herencia desde el momento mismo de la muerte del causante. Pero en cuanto a las deudas no se produce el mismo fenómeno, desde luego que se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, en los términos del artículo 1411 del Código Civil, sin perjuicio de lo que expresamente exceptúa para los casos de obligaciones indivisibles o de herederos usufructuarios o fiduciarios.

La partición de herencia no se predica sino entre los asignatarios a título universal, porque representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, de donde así mismo son obligados a las cargas testamentarias cuando no están impuestas a determinada persona (Artículo 1155 del Código Civil).

Los legatarios no son sino acreedores de los herederos por virtud del testamento, en cuanto lo permitan las fuerzas de la herencia y sin perjuicio de las asignaciones forzosas. No representan al testador y no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confieran o impongan, según lo previsto en el artículo 1102 ibidem.

Por manera que si en conformidad con el 958 del Código Judicial, los legatarios tienen derecho a pedir que se haga la partición, su interés jurídico no alcanza sino hasta donde lo permite la naturaleza de su llamamiento a título singular que del testamento arranca. Y así deben ser oídos en la demanda de partición, por ejemplo, para saber en concreto si pueden exigir su acreencia y contra quien, para vigilar la liquidación, en cuanto pueda afectar sus respectivos legados, o nada más, como lo expresa el mismo artículo 958, para que se les pague inmediatamente su asignación "si las fuerzas del patrimonio lo permiten y dan caución de restituir lo que les toque, conforme lo establece el artículo 1431 del Código Civil".

Es por todo concepto jurídico y natural que en la liquidación de la mortuoria se provea al pago de las asignaciones a título singular. Pero aunque los legatarios no ejerciten el derecho de provocar la partición de bienes, o en este acto no se incluyan sus asignaciones, o si para cubrirlas se destinan cosas diferentes de las que son el objeto propio de los legados, o de alguna manera se les omite, en nada, por esas causas u otras semejantes, va a demeritarse el título de su derecho, que se encuentra en el testamento y no en la partición de bienes hecha sin su aquiescencia. Por lo que tampoco aparece el fundamento legítimo de los legatarios para impugnar la partición de bienes cuando concretamente no alcan-

zan menoscabar sus derechos por no haber tomado ingerencia como partes de ese negocio jurídico.

Y así, carece de interés el recurrente en cuanto hace al carácter con que el partidor actuara, si los asignatarios a título universal no han hecho ningún reparo. Ni en lo que respecta a la falta de licencia judicial en razón de la menor de edad del hijo heredero, que, por lo demás, aparece concedida por auto de 9 de junio de 1950. Ni porque en la partición dejara de mencionarse el legado gratuito a favor de Semiliana García, desde luego que esta causa por sí sola en nada podría afectar su derecho. Ni porque para el pago de legados en dinero se destinaran otros bienes, si es obvio que por voluntad ajena al consentimiento del acreedor no es trasmutable el objeto de las obligaciones.

En consecuencia, no prosperan los cargos aducidos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, proferida el 21 de junio de 1954.

No hay costas.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a siete de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Eduardo Díez S., Rosa María Díez de Ruiz y María Dolores Díez de Estrada, con el carácter de herederos de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga, contra Francisco Luis Acosta.

Antecedentes:

1.—En el juicio de sucesión de Gregoria Montoya se le hizo a Wenceslao Díez, cónyuge sobreviviente, la siguiente adjudicación: "por mil doscientos sesenta y cuatro pesos, diecisiete y medio centavos, en un lote de terreno como de veintidós mil ciento cuarta y cuatro varas, parte de los terrenos señalados en el inventario anterior con los números 1 y 2, respectivamente, lote que linda: por el frente con la calle llamada de Los Medios por un costado, con finca de Antonio Jesús Díez; por el pie con tierras de María del Carmen, Jesús María y Francisco Antonio Díez; por el otro costado con finca de Juan de Dios Díez, está situado en Itagüí. Por seiscientos sesenta y cinco pesos veinte centavos, en la casa cocina pesebrera de tejas, platanar, árboles y labranza de maíz del número 1 y que están sobre tal terreno que se le ha adjudicado" (C. Nos. 3 y 4, ff. 19 y 12 vto. respectivamente).

2.—La sentencia aprobatoria de la partición, dictada por el Juez Primero del Circuito de Medellín el 4 de julio de 1895, fue inscrita en el libro de registro de causas mortuorias, número 4, al folio 86, bajo el número 193, el día 10 de agosto de 1895 (Ib., ff. 21 vto. y 13, respectivamente).

3.—Wenceslao Díez contrajo segundas nupcias con Dolores Saldarriaga: hijos de tal matrimonio son Rosa María, María Dolores y Eduardo Díez Saldarriaga.

4.—En el juicio de sucesión intestada de los cónyuges Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga, abierto en el Juzgado Sexto del Circuito de Medellín, fueron declarados herederos Eduardo, María Dolores y Rosa María Díez Saldarriaga, por medio de auto fechado el 15 de enero de 1951 (C. Nº 4, ff. 16 vto y 17).

5.—Eduardo Díez Saldarriaga, Rosa María Díez Saldarriaga de Ruiz y María Dolores Díez Saldarriaga de Estrada, en demanda contra Francisco Luis Acosta, presentada al juez del circuito de Medellín, pidieron que se hicieran las siguientes declaraciones: a) que la sucesión de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga de Díez es dueña del inmueble que le fue adjudicado al primero en el juicio de sucesión de Gregoria Montoya, inmueble cuyas especificaciones aparecen en el hecho segundo de la demanda; y b) que el demandado debe restituir a los demandantes el mencionado inmueble, con los respectivos frutos, no solamente los percibidos sino los que los demandantes hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad.

Dice en resumen la demanda, que el mencionado inmueble le fue adjudicado, en el juicio de sucesión de Gregoria Montoya, a Wenceslao Díez; que éste y sus sucesores lo poseyeron tranquila y pacíficamente, durante varios años; que más tarde lo ocupó, sin ningún derecho, el demandado, quien sostiene ser dueño.

6.—El demandado negó los hechos fundamentales de la demanda, se opuso, en consecuencia, a las pretensiones en ella expuestas y propuso varias excepciones perentorias, entre ellas la de prescripción adquisitiva del dominio. En la respuesta expresó: "Lo realmente cierto es que la posesión material del inmueble a que los demandantes se refieren la tengo yo y la tuvieron mis antecesores en el dominio quieta y tranquilamente con exclusión de los cónyuges Díez Saldarriaga y de todos y cada uno de sus sucesores".

El demandado, por otra parte, denunció el pleito a Marco A. Mejía y María Luisa Mejía A. pero la notificación de que trata el artículo 238 del Código Judicial no se llevó a efecto.

7.—El juzgado resolvió declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante y abste-

nerse en consecuencia de hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Apelado este fallo por ambas partes para ante el Tribunal Superior de Medellín, esta entidad resolvió revocarlo y, en su lugar, denegar las peticiones contenidas en la demanda.

Considera el sentenciador que la inscripción de la adjudicación a Wenceslao Díez en la sucesión de Gregoria Montoya quedó cancelada con la inscripción que se hizo de la escritura número 1489 de 15 de junio de 1899, en que consta la venta que de un inmueble hizo Wenceslao Díez a Félix Acosta. A este respecto expone:

"Por la constancia dejada por el señor registrador sobre la suficiencia misma del título inscrito que representa la hijuela correspondiente al señor Wenceslao Díez, se encuentra que entre el período comprendido entre el 1º de enero de 1903 y la fecha de la expedición del certificado sobre el inmueble adjudicado al señor Díez o sea hasta el 31 de julio del año de 1952 no se halló inscripción alguna que pudiera determinarse por ella la transmisión de la propiedad por parte del señor Díez de lo que le correspondió en la sucesión de Gregoria Montoya su esposa, pero durante un período de tiempo, hacia atrás, es decir, desde el 1º de enero de 1903 hasta agosto 10 de 1895 sí se halló una inscripción que es del siguiente tenor:

"Por escritura pública Nº 1489 de 15 de junio de 1899 de la Notaría 2 de este Circuito registrada el 17 de los mismos, en el libro 1º —tomo 1º— al folio 584 bajo el Nº 1122 Wenceslao Díez vende a Félix Acosta un terreno con casa y cocina de tapia y tejas situado en el paraje Potrero del Distrito de Itagüí que linda: por el pie con propiedad de Francisco Díez y una calle de servidumbre de Ignacio Vélez; por un costado con la misma servidumbre y propiedad de Antonio Jesús Alvarez; por cabecera con un camino de servidumbre que va para el Río; y por el otro costado con propiedad del comprador. Consta en el protocolo correspondiente a esta escritura en su numeral segundo: que hubo este inmueble por compra que hizo a Juan José Moreno según consta en la respectiva escritura que entrega al comprador. b). Por escritura Nº 18 de 8 de junio de 1864 otorgada ante el Secretario Municipal del Distrito de Itagüí y registrada el 14 de los mismos en el libro 1º al folio 63 de dicho libro, Juan José Moreno vendió a Wenceslao Díez un terreno con sus mejoras de casas, cercos y dos varas de camino por terreno de José María Moreno, para pasar a coger el agua, situado en este Distrito (Itagüí), en la vereda de Potrero, que linda: por el pie con terrenos de José Ignacio Vélez y Mariano Penagos; por un costado con terrenos de Marcelina Moreno o José Gil; por cabecera con la servidumbre que conduce a la calle real y por el otro costado con terreno de José y Martín Acosta a dar al primer lindero. Los linderos que se dejan copiados y el número de esta escritura fueron tomados de la copia auténtica de ella, pues el registro correspondiente no menciona ni el número de la escritura, ni los linderos de la propiedad, es que en estos años los registros de todos los títulos se hacían indicando únicamente la fecha, notaría, contratantes, situación de la propiedad, sin linderos y el precio de ella. Visto el protocolo correspondiente a la sucesión de Gregoria Montoya en el archivo de la Gobernación existe la siguiente constancia: Se inventariaron en esta sucesión dos inmuebles el Nº 1º y el Nº 2º y se citan como números de adquisición los siguientes, que fueron copiados textualmente de dicho expediente: los hubo al cónyuge sobreviviente por compra a los finados Juan José Moreno y Marcelina del mismo apellido y aunque no se han hallado los títulos de dominio, los compró desde hace más de veinticinco años y desde entonces ha estado quieta y pacíficamente en posesión de ellas, esto es, los terrenos, pues la casa y cocina y pesebrera fueron construidos por dicho señor Díez".

"Por consiguiente, agrega el sentenciador, si de la certificación emanada del registro se desprende, como en efecto ocurre, que en atención al artículo 635 del C. J. en concordancia con el 789 del C. C. aparece claramente que la inscripción de la hijuela en favor del señor Wenceslao Díez fue cancelada por la escritura Nº 1489 de junio 15 de 1899 de la Notaría 2ª de este Circuito, mediante la inscripción del 17 del mismo mes y año en el libro 1º, tomo 1º, al folio 584 bajo el Nº 1122, entonces, es concluyente y terminante que la sucesión del señor Wenceslao Díez y la de su señora esposa nada pudieron transmitir porque nada dejaron ya que el primero había transferido su derecho desde el año de 1899. Por lo tanto, no presentándose la sucesión del finado señor Wenceslao Díez y esposa doña Dolores Saldarriaga como dueña del inmueble que reivindican sus herederos, entonces se hace innecesario entrar al estudio de los otros extremos del proceso porque ello procede cuando aparece la demostración del dominio". Concluye el sentenciador con la observación de que no hay lugar a la confrontación de los títulos presentados, ya que el del

actor está cancelado "y por consiguiente dejó de ser atributivo del dominio en favor del señor Díez; quiere decir que su derecho sustantivo a la restitución del inmueble no existe precisamente por la falta de la propiedad (artículo 946 del C. C.)."

8. Debe anotarse que en la diligencia de inspección ocular, efectuada con intervención de peritos, consta que "se procedió a la identificación material de inmueble, recurriendo sus linderos, que son como sigue: por el frente con la calle que ha sido llamada de 'Los Morenos'; por un costado, separado por cerco de alambre y de piñuelas, con predio que fue de Wenceslao Díez, luego de Pedro Penagos y hoy de sucesores de Juan de Dios Penagos, hasta un antiguo camino de servidumbre con el que linda un trecho. Por la parte de atrás, con un camino de servidumbre que lo separa con predio que fue de Anatilde Vélez, en parte, y en parte con terreno que fue de Wenceslao Díez, luego de Félix Acosta y hoy de herederos de don Claudino Arango. Por el otro costado, con terreno que era de Wenceslao Díez y herederos, luego de Martín Acosta y hoy de varios propietarios, separado en parte por una acequia y en parte con cerca de alambre y edificación" (C. Nº 4, ff. 21 y ss.). Consta además que el demandado se encuentra en posesión del terreno así delimitado.

9.—Debe observarse, por otra parte: a) que en la sucesión de Gregoria Montoya les fueron adjudicados a los hijos de Wenceslao Díez varios lotes que forman parte de los señalados con los números 1 y 2 en el inventario practicado en dicha sucesión; b) que María del Carmen, Jesús María y Francisco Antonio Díez enajenaron los lotes que allí les fueron adjudicados, a **Félix Acosta**, según consta en escrituras números 135 de 1900 de la Notaría 3ª de Medellín, 3649 de 1901 de la Notaría 2ª del mismo Circuito, y 134 de 1904 de la Notaría 1ª también de Medellín, respectivamente (C. Nº 3, ff. 22 vto. y ss.); c) que por escritura número 870 de 1936, Notaría 2ª de Medellín, Félix Acosta transfirió, a título de dación en pago a Marco A. Mejía y Guadalupe Acosta de Mejía, el derecho de dominio en un inmueble ubicado en Itagüí y deslindado así: por el frente, con la calle de servidumbre de San José, que gira para la estación de Itagüí; por un costado, con propiedad de Félix Acosta; por el pie, con propiedad del Ingenio de Santa Ana; y por el otro costado, con una calle de servidumbre, hasta llegar a predio de Filomena Mejía. Se dice en tal escritura que Félix Acosta adquirió el dominio del mencionado inmueble mediante las escrituras 610 de 1897, Notaría 1ª de Medellín; **1489 de 1899**, de la misma Notaría; **135 de 1900**, Notaría 3ª, **3468 de 1901**, Notaría 2ª; y **134 de 1904**, de la Notaría 1ª de Medellín; d) que según certificado del registrador, Félix Acosta adquirió parte del inmueble a que se refiere la letra anterior por compra a Joaquín María, José María, Antonio Jesús y Valentina Díez, según escritura **610 de 1897** de la Notaría 1ª de Medellín, que no figura en autos (C. Nº 2, f. 2); e) que el inmueble de que trata la letra c) fue adquirido por el demandado Francisco Luis Acosta según escrituras 2897 y 3459 de 1945, otorgadas en la Notaría 2ª de Medellín, o sea las que en copias autenticadas se acompañaron al escrito de demanda del pleito (C. Nº 1, ff. 16 y ss.).

La Casación.

10. En concepto del recurrente, el fallo viola la disposición del artículo 946 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) Hijuela de Wenceslao Díez en la sucesión de Gregoria Montoya; este documento demuestra el dominio del adjudicatario en el bien raíz que se reivindica, diferente del que adquirió el mismo Díez en 1865;

b) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos en que consta que la hijuela de Wenceslao Díez fue registrada;

c) Declaración de Florentino Escobar Neira, según la cual Wenceslao Díez vivió en la finca a que se refiere el juicio, con su segunda mujer; que a la muerte de aquél, siguió ocupándola Dolores Saldarriaga con sus hijos; y que el terreno comprado por Acosta es contiguo al que le fue adjudicado a Wenceslao Díez en la sucesión de Gregoria Montoya;

d) Inspección ocular, en que se identificó la finca de que trata el juicio y se estableció la diferencia con la vendida por Wenceslao Díez a Félix Acosta;

e) Declaraciones de María Leonor Restrepo Gómez, Erasmo Alvarez y Federico Vásquez, según las cuales Wenceslao Díez poseyó el bien de que se habla hasta su muerte y Acosta sólo lo ha poseído por un tiempo que no pasa de diez años;

f) Posiciones del demandado, en que declara que la finca que dice poseer tiene cabida distinta de la que adquirió Wenceslao Díez en la sucesión de Gregoria Montoya;

g) Certificado del registrador, en el cual apa-

rece: a) que los linderos del inmueble adquirido por Wenceslao Díez en la sucesión de Gregoria Montoya son diferentes de los del inmueble vendido por el mismo Díez a Félix Acosta; b) que tales bienes tienen diferentes procedencias; y c) que fueron dos los terrenos inventariados en la sucesión de Gregoria Montoya;

h) Certificados sobre la sucesión de Gregoria Montoya, en los cuales constan las adjudicaciones hechas a los hijos del matrimonio Díez Montoya;

i) Escrituras en que constan las ventas de los hijos de Wenceslao Díez a Félix Acosta, en las cuales aquéllos manifiestan que adquirieron los bienes vendidos en la sucesión de Gregoria Montoya; y

j) Escritura pública en que consta la venta de Wenceslao Díez a Félix Acosta; la procedencia es distinta de la del bien que se reivindica; los linderos son diferentes, pues vendió una finca vecina; la cabida es distinta; se enumera en tal escritura una serie de servidumbres que por ninguna parte aparecen en la finca sobre la cual se litiga.

"El error de hecho o los errores de hecho —dice el recurrente— en presencia del cuadro de pruebas, consiste en considerar que Wenceslao Díez vendió el bien que se reivindica a Félix Acosta, cuando de las pruebas surge incontrovertible la realidad de que el bien vendido fue otro, y muy distinto el bien que pertenece a la sucesión y a la sucesión de su segunda mujer. Es, pues, una falsa, falsísima noción del hecho que dá por sentado la sentencia en su parte motiva y como consecuencia directa de ella en su parte dispositiva al negar las justas pretensiones de la demanda".

Considera el recurrente, por otra parte, que el sentenciador incurre en error de derecho consistente en no haber apreciado las mencionadas pruebas, error que lo conduce a la violación de los artículos 603, 604, 630, 631, 632 del Código Judicial, 669, 740, 946, 756 del Código Civil.

II.—La Corte considera:

Primero. Para examinar el cargo de error de hecho que el recurrente le atribuye al fallo, es indispensable confrontar los linderos que aparecen en la hijuela de Wenceslao Díez con los señalados en la escritura de venta de éste a Félix Acosta:

Hijuela. — Veintidós mil ciento cuarenta y cuatro varas, parte de los terrenos señalados en el inventario anterior con los números 1 y 2, respectivamente, lote que linda: por el frente con la calle llamada de "Los Medios"; por un costado, con finca de Antonio Jesús Díez; por el pie, con tierras de María del Carmen, Jesús María y Francisco Antonio Díez; por el otro costado, con finca de Juan de Dios Díez.

Venta de Wenceslao Díez a Félix Acosta. Por el pie, con propiedad de Francisco A. Díez y una calle de servidumbre de Ignacio Vélez; por un costado, con la misma servidumbre y propiedad de Antonio Jesús Alvarez; por la cabecera, con un camino de servidumbre que separa el río; y por el otro costado, con propiedad del comprador (Félix Acosta).

De esta transcripción aparece claramente que no hay entre las dos alinderaciones ningún punto de coincidencia. Ni siquiera puede pensarse que con el tiempo se hubiera hecho forzoso el cambio de denominaciones de todos los colindantes, puesto que entre la fecha de la hijuela y la de la venta que hizo Wenceslao Díez a Félix Acosta sólo transcurrieron cuatro años, y ninguno de los vecinos que se mencionan en esta última aparece en la primera. De donde se infiere que la hijuela y la escritura se refieren a inmuebles distintos. A esto se agrega que en la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio con intervención de peritos, se identificó el predio que se quiere reivindicar, y se comprobó que linda por uno de los costados con propiedad que fue de Félix Acosta. No se estableció que el inmueble vendido por Wenceslao Díez a Félix Acosta correspondiera al lote identificado o estuviera incluído en él.

Segundo.—El tribunal dio por sentado el hecho de que se trataba de una misma finca, sin advertir las circunstancias anotadas, con lo cual incurrió en manifiesto error de hecho. Por consiguiente, al decidir que el título presentado por los demandantes, o sea la hijuela de Wenceslao Díez, quedó cancelado con la escritura 1489 de 1899, consideración en que se basó para denegar las peticiones de la demanda, infringió la disposición del artículo 946 del código civil.

Tercero.—Debe, por tanto, la Corte casar el fallo recurrido y dictar la sentencia de instancia correspondiente. A ello se procede.

Sentencia de instancia.

Se considera:

a) El bien inmueble a que se refiere la demanda le fue adjudicado a Wenceslao Díez en la sucesión de Gregorio Montoya, como ya se ha visto.

Además, los demandantes comprobaron su calidad de herederos de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga.

b) El demandado Francisco Luis Acosta es poseedor del mencionado inmueble.

c) En la contestación de la demanda propuso el demandado la excepción de prescripción adquisitiva del dominio. Sobre lo cual se observa:

1º—Que el título invocado por el demandado se refiere a un bien diferente del que se reivindica, según se ha visto en el número 9, de la relación de antecedentes y en la parte motiva del fallo de casación. Hace falta, por tanto, el justo título requerido para la prescripción ordinaria;

2º—Que varios testigos declaran que Francisco Luis Acosta y sus antecesores han poseído el referido inmueble durante más de treinta años (C. Nº 3, ff. 7 y ss. y 30 y ss.) pero, por otra parte, los testigos cuyas exposiciones se encuentran en el cuaderno Nº 4, folios 7 a 11, 28 y 29 afirman que la finca fue poseída por Wenceslao Díez y por sus sucesores hasta el año en que murió Dolores Saldarriaga. Como se trata de exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, es el caso de prescindir de ellas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 702 del código judicial. No aparece, en consecuencia, comprobado el tiempo de posesión necesario para la prescripción extraordinaria.

d) El demandado debe ser considerado como poseedor de buena fe, conforme a lo dispuesto en el artículo 769 del código civil.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia acusada, revoca la de primera instancia y falla el pleito así:

1º—La sucesión de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga es dueña del inmueble especificado en el hecho segundo de la demanda que inicia este juicio;

2º—Francisco Luis Acosta restituirá tal inmueble en el término de seis días, contados a partir de la notificación del auto en que el juzgado del conocimiento ordene cumplir lo resuelto por el superior, con los frutos percibidos a partir de la contestación de la demanda;

3º—El valor de las prestaciones mutuas a que se refiere el capítulo 4º del título 12, libro 2º, del código civil, se fijará mediante el procedimiento establecido en el artículo 553, del código judicial;

4º—No hay lugar a la condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial**. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

REIVINDICACION. — INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

1.—El reconocer dominio ajeno constituye una causa de interrupción de la prescripción, pero, como es obvio, no reconoce dominio ajeno quien simplemente se declara deudor del vendedor, por una parte del precio, y para garantía de la deuda, obrando en calidad de propietario, constituye hipoteca sobre ese inmueble.

2.—Para la interrupción civil de la prescripción no es suficiente la sola presentación de la demanda, se requiere su notificación en forma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a siete de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio promovido por José J. Bohórquez contra Luis Carlos Díaz.

Antecedentes:

1.—Por escritura pública número 253 de 7 de abril de 1907, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, Crisanto Valencia compró a María Julia Villegas un inmueble situado en el municipio de Palestina, Departamento de Caldas.—Cuando se otorgó esta escritura, el comprador estaba casado con Mercedes Vásquez.

2.—Falleció Mercedes Vásquez el 12 de noviembre de 1941.

3.—Por escritura pública número 76 de 20 de abril de 1942, otorgada en la notaría de Palestina, Crisanto Valencia vendió a Luis Carlos Díaz el bien ya mencionado.

4.—Falleció Crisanto Valencia el 22 de marzo de 1947.

5.—En los juicios de sucesión acumulados de Crisanto Valencia y Mercedes Vásquez se adjudicó ese inmueble, en común a Gilberto, María Isabel y Rafael Valencia Vásquez; María Teresesa, Sinforiano y Pedro Vásquez Vásquez; José Joaquín, María Inés y Ligia Vásquez Molina; y José J. Bohórquez. Tales juicios quedaron protocolizados en la notaría de Palestina por escritura número 61 de 8 de abril de 1951.

6.—José J. Bohórquez, obrando en nombre de todos los adjudicatarios que se acaban de mencionar, promovió ante el juez del Circuito de Manizales juicio de reivindicación del referido bien, contra Luis Carlos Díaz, quien se opuso a las pretensiones expuestas en la demanda; además, en el alegato de conclusión propuso la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio.

7.—El juzgado, una vez tramitada la instancia declaró probada la excepción de prescripción ordinaria y denegó, en consecuencia, las peticiones de la demanda.

8.—Apelado este fallo para ante el Tribunal Superior de Manizales, éste lo confirmó "con la aclaración de que la excepción de prescripción ordinaria decretada se pronuncia sólo sobre la parte de la finca demandada, que no fue adjudicada en el juicio de sucesión doble de Mercedes Vásquez y Crisanto Valencia, a este último, representado por sus hijos, y por cuanto que la otra parte la adquirió por subrogación en su carácter de comprador del causante Crisanto Valencia".

Dice el sentenciador que Crisanto Valencia vendió cosa ajena a Luis Carlos Díaz, "por cuanto que él no tenía derecho sobre la universalidad de bienes sino por gananciales o por porción conyugal, mientras que él le transfirió el derecho de dominio y la posesión efectiva sobre dicha finca, determinada por sus linderos. De ahí que, por virtud del juicio de sucesión doble, seguido después, Luis Carlos Díaz vino a quedar subrogado en los derechos que a su vendedor, representado en este caso por sus hijos, se le adjudicaron sobre la misma finca, de acuerdo con lo que dispone el artículo 752 del Código Civil. Por esta razón, Luis Carlos Díaz vino a ser comunero también sobre dicha propiedad en la parte correspondiente al derecho de su vendedor, el cual nació desde que fue deferida la herencia.

"El título que aduce el demandado no adolece de nulidad, ni se ha alegado vicio alguno, pues aunque se vendió cosa ajena, en términos generales, la venta de cosa ajena vale y por ello debe tenerse como justo título, adquirido de buena fe, la cual se presume, pues no se ha demostrado lo contrario. Por consiguiente, si se hace caso omiso de lo expuesto antes y se dá por sentada la identificación del inmueble poseído por el demandado como comprendido dentro de los linderos de que trata la escritura 253, por la razón antes dicha, la posesión de aquél está demostrada no solo por la afirmación que de tal hecho hace la parte demandante, sino también por la confesión del mismo demandado y por la prueba testimonial que éste adujo, la cual data desde la fecha de la escritura número 76 a la fecha de la notificación de la demanda. Por consiguiente, abarcando esta posesión un término de más de diez años, el demandado ha ganado por prescripción ordinaria el dominio del bien demandado, en la parte que no adquirió por subrogación del vendedor señor Crisanto Valencia y de ahí que haya de confirmarse la sentencia, por cuanto declara probada esta excepción, con la aclaración de que ella sólo cubre la parte en que no se subrogó al vendedor suyo y causante a la vez en la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo formada con su esposa Mercedes Vásquez".

La casación

9.—Con base en la causal primera, formula el recurrente tres cargos que la Corte pasa a examinar:

Primero.—En concepto del recurrente, el fallo viola los artículos 2524, 2539, 757, 783, 1013, 779, 974, 2514 del Código Civil, lo mismo que los de la Ley 95 de 1890, como consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador al no apreciar varias pruebas de las cuales resulta que la prescripción quedó interrumpida civil y naturalmente.

Considera, en resumen, el recurrente que la posesión del demandado se interrumpió: primero, desde la fecha en que falleció Mercedes Vásquez, o sea desde el 12 de noviembre de 1941 hasta el día 8 de febrero de 1951 en que se registró la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio doble de sucesión de los cónyuges Valencia y Vásquez; a este respecto cita el recurrente los artículos 757 y 1013 del Código Civil; segundo, porque el comprador Luis Carlos Díaz quedó debiendo parte del precio e hipotecó a favor del vendedor la cosa comprada, y de acuerdo con el artículo 2539 del Código Civil la prescripción se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer la obligación; y tercero, por la simple presentación de la demanda reivindicatoria el 25 de marzo de 1952, aunque la notificación de ella se hubiera cumplido únicamente en agosto del mismo año.

En todo lo cual yerra el recurrente. Al respecto, basta anotar:

Que de acuerdo con el artículo 2523 del Código Civil, la interrupción natural resulta de la pérdida del elemento físico de la posesión, o sea el corpus, hecho que no se produjo en el caso a que se refiere el juicio; como es elemental, la llamada posesión legal de una herencia a que se refiere el artículo 757 del Código Civil, en manera alguna puede privar al poseedor de la tenencia o imposibilitarlo para el ejercicio de actos posesorios, entre otras razones porque esa posesión legal se refiere al derecho de herencia, en tanto que la otra recae directamente sobre la cosa;

Que el reconocer dominio ajeno constituye una causa de interrupción de la prescripción, pero, como es obvio, no reconoce dominio ajeno quien simplemente se declara deudor del vendedor, por una parte del precio, y para garantía de la deuda, obrando en calidad de propietario, constituye hipoteca sobre ese inmueble a favor del vendedor;

Que para la interrupción civil no es suficiente la sola presentación de la demanda, sino que se requiere su notificación en forma legal, como claramente lo expresa el artículo 2524 del Código Civil y lo confirma el inciso 2º del artículo 181 del Código Judicial; ésta ha sido doctrina constante de la Corte.

Segundo.—Cree el recurrente que el fallo viola los artículos 740, 741, 742, 752, 765, 762, y 2525 del Código Civil. La violación proviene de "error de hecho y de derecho cometido por el tribunal, por haber faltado a la fidelidad objetiva de los títulos presentados en el juicio, esto es, las escrituras públicas y los certificados de la oficina de registro". Comparados los títulos de las partes, resulta que los de la demandante son anteriores a los del demandado, siendo de advertir además que estos últimos carecen de valor por falta de dominio en el tradente.

Sobre lo cual se observa:

Que el cargo parte de la base, como lo expresa el propio recurrente, de que la prescripción quedó interrumpida, y ya se ha visto que no hubo

tal interrumpción. Esto solo sería suficiente para rechazar la acusación.

Que el recurrente habla de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas pero no señala concretamente las que en su concepto quedaron mal apreciadas;

Que, por otra parte y como es muy bien sabido, la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida mientras no se extingan por el lapso de tiempo, según lo dispuesto en el artículo 971 del código civil; y la tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho, conforme al artículo 753 del mismo código.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Tercero.—El fallo, según el autor del recurso, es violatorio de los artículos 946, 950, 947, 952 y 1871 del código civil, "pues se le negó la acción de reivindicación habiéndose dejado de estimar las pruebas presentadas a la luz de los principios legales, violando así además, los artículos 205, 317, 343, 593, 690, 697 y 724 del código judicial.

Acerca de lo cual se anota:

Que el recurrente no señala las pruebas que considera mal apreciadas ni explica en qué consisten los errores de hecho y de derecho que le atribuye al fallo, o, en otros términos, el cargo aparece formulado sin la técnica requerida en casación;

Que, por otra parte, el tribunal sí estudió los títulos presentados por la parte demandante, lo mismo que los presentados por el demandado, y de ese examen llegó a la conclusión de que estaba demostrada la prescripción adquisitiva ordinaria por parte del último, conclusión que no ha sido desvirtuada en ninguna forma por el recurrente.

Por lo dicho no se acoge el cargo.

10.—En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

En un auto para mejor proveer no se ordena tener en cuenta papeles o documentos, por haberlo pedido en otra ocasión una de las partes para la práctica de una de sus pruebas, y mucho menos un documento aportado irregularmente al proceso, rechazado y por consiguiente sin valor alguno como prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B). — Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.

Se falla el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, pronunciada el veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, en juicio ordinario de Gilberto Herrera contra Fabriciano Bedoya.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes:

1.—Demanda Herrera a Bedoya en reivindicación de un fundo rural, llamado "San José", con mejoras y anexidades, situado en el paraje "La Hondura", del Municipio de Heliconia (Departamento de Antioquia) y alinderado como reza el libelo.

2.—Se opuso el demandado, quien fue absuelto en sentencia del Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, fechada el 20 de abril de 1953.

3.—Apelado este fallo por el actor el Tribunal Superior resolvió así la litis en sentencia de 22 de enero de 1954:

"I.—El demandante señor Gilberto Herrera, es dueño de la finca territorial denominada San José sita en el paraje "La Hondura" del Municipio de Heliconia, delimitada y conocida por los linderos que se determinan en el hecho primero de la demanda y en la escritura pública Nº 638 de 17 de febrero de 1949 de la Notaría Tercera del Circuito de Medellín.

"II.—Como consecuencia de la declaración anterior, el demandado, señor Fabriciano Bedoya, está en la obligación de restituir el indicado inmueble una vez ejecutoriada esta providencia con los frutos civiles devengados después de contestada la demanda.

"III.—Goza el demandado del derecho de retención hasta que se le pague el precio de las mejoras puestas por él en el inmueble de que se viene tratando o hasta que se le asegure su importe".

4.—Habiendo sido acusada en casación dicha sentencia por el demandado y presentada y contestada la demanda, se procede a decidir,

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causales y cargos

Seis cargos formula el recurrente, apoyado en la causal primera de casación, de los cuales procede el que consiste en error de derecho en la apreciación de la escritura Nº 638 de 17 de febrero de 1949, de la Notaría Tercera del Circuito de Medellín —presentada por el actor como prueba de la propiedad— por no haber sido aducida en ninguna de las oportunidades señaladas en el artículo 597 del C. J., con infracción inmediata de este precepto, y mediata de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 968, 970 y 971 del C. C.

Se considera:

1.—Este negocio da cuenta no sólo de lo que es estructural en la acción de dominio, sino también de algunos hechos especialmente relacionados con la causa de la posesión que el actor atribuye al demandado y éste reafirma como prevaleciente sobre el título aducido como prueba de la propiedad.

Así, la posesión del reo se origina en un contrato de promesa de venta del fundo materia de la reivindicación, celebrado entre Efraín Herrera, antecesor del demandante, y Fabriciano Bedoya (f. 9 v. C. 1º), prometientes vendedor y comprador, respectivamente, contrato en razón

del cual el primero entregó al último el inmueble, como consta en la cláusula octava del respectivo documento.

El desarrollo de la promesa fue la fuente de las disensiones entre las partes, pues al paso que Bedoya sostiene que cumplió los deberes de su cargo, Herrera lo niega; por lo mismo, el contrato prometido no se perfeccionó. Comenzaron entonces a sucederse estas incidencias: demanda de exhibición del documento de promesa, promovida por Bedoya contra Herrera; juicio de resolución de la promesa, incoado por éste contra aquél, juicio que fue suspendido (V. copias tomadas de este juicio fs. 7 v. y ss. C. 1º); venta del inmueble, celebrada por Efraín Herrera, vendedor, y Gilberto Herrera, comprador, por medio de la escritura Nº 638, de 17 de febrero de 1949, de la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, tachada de simulada por Bedoya en diferentes ocasiones (f. 1 C. 2º); juicio de entrega del fundo, seguido por Gilberto Herrera contra su vendedor Efraín Herrera, en el cual hubo de dejársele la finca a Bedoya, quien se opuso a la entrega (hecho 2º de la demanda f. 1 v. C. 1º); juicio de lanzamiento incoado por el mismo comprador contra Fabriciano Bedoya, fallado en contra del actor (hecho 3º ib. y copias tomadas de dicho juicio p. 22 v. y ss. C. 1º); juicio criminal en que se acusa a Efraín Herrera, por falsedad cometida en el documento de promesa de venta; en punto esencial para la prosperidad de la acción resolutoria, motivo por el cual ésta quedó en suspenso mientras aquél se decide (certificado del f. 9 v. C. 4º). En una palabra, un fecundo almácigo de pleitos que, al parecer, no tiene trazas de agotarse.

2.—El libelo inicial en el presente juicio fue presentado sin respaldo alguno en materia de prueba del derecho que se pretendía hacer efectivo mediante la reivindicación, motivo por el cual el Juez de la primera instancia absolvió al reo.

3.—Posteriormente el demandante adujo ante el Juez de la primera instancia una copia del instrumento Nº 638 citado, la cual le fue rechazada por el Juzgado y por el Tribunal que conoció de la alzada interpuesta, en consideración a que fue presentada ya vencida la oportunidad para ello.

4.—La segunda instancia tuvo término probatorio con fundamento en los ordinales 3º y 4º, artículo 1º del Decreto Nº 243 de 1951; se ordenó a solicitud del demandante, una inspección ocular con peritos, para identificar el inmueble de la reivindicación, y se comisionó al Juez Municipal de Heliconia para practicarla. No consta que el Juzgado hubiese cumplido la comisión, sino que los peritos rindieron el dictamen aisladamente y que el Juez obligó en forma arbitraria al demandado a absolver unas posiciones (fs. 5 y s. C. 4º).

5.—El Tribunal dictó luego un auto para mejor proveer que dice en lo pertinente:

"Como para juzgar con más acierto se hace necesario practicar debidamente la inspección decretada, el Tribunal, en auto para mejor proveer, dispone que por la Sala se practique la inspección ocular a que se viene haciendo referencia. Tal diligencia se llevará a efecto con testigos actuarios que se designarán oportunamente. Conforme a lo solicitado por el señor apoderado del demandante se llevarán a la diligencia, para tenerlos en cuenta, los documentos especificados en el escrito de 29 de mayo de este año (fs. 53), tal como había sido decretado. Como surge motivo de duda respecto del verdadero número de la escritura aducida por el actor para justificar su dominio, puesto que en letras se dice en ellas que es la seiscientos treinta y ocho y en número la 648, la Sala, también con testigos actuarios y previamente a la inspección, constatará en la Notaría Tercera de este Circuito, lugar de su otorgamiento, con vista en el respectivo protocolo, cuál es su verdadero número y si su contexto es el que efectivamente corresponde al del original"

5.—Como se ve en este auto el Tribunal ordenó que "conforme a lo solicitado por el señor apoderado del demandante se llevara a la diligencia, para tenerlos en cuenta, los documentos especificados en el escrito de 29 de mayo de este año", **entre los cuales figuraba la copia de la susodicha escritura Nº 638, de 17 de febrero de 1949.**

El Tribunal no podía disponerlo así, esto es, "conforme a lo solicitado por el señor apoderado del demandante", porque en un auto para mejor proveer no se ordena tener en cuenta papeles o documentos, por haberlo pedido en otra ocasión una de las partes para la práctica de una de sus pruebas, y mucho menos un documento que había llegado irregularmente al proceso, que había sido rechazado y que en consecuencia no tenía valor alguno como prueba. Lo cual es tanto más claro cuanto que contra un auto para mejor proveer no hay recurso alguno, según lo preceptúa expresamente al artículo 600 del C. J.

Dicho auto no podía convalidar ni convalidó la prueba ilegalmente suministrada por no haber ingresado al juicio en ninguno de los eventos se-

ñalados en el artículo 597 del C. J., ni siquiera en forma directa dentro del término probatorio, de conformidad con la amplia doctrina que la Corte consagró en sentencia de la Sala de Negocios Generales con fecha 18 de noviembre de 1942 (LIV Bis 410) y en casación de 24 de enero de 1952 (LXXI. 36), refrendada, definida y precisada en casación de 24 de junio de 1954 (LXXVII. 853).

Ni podía convalidarla ni la convalidó tampoco la inspección. Es cierto que según el ordinal 2º del artículo 597 del C. J., en tal diligencia pueden presentarse documentos pero, esta facultad es de las partes y no del Juez, y la verdad es que ningún documento fue aducido en dicha oportunidad por el actor.

6.—El sentenciador otorgó a la escritura Nº 638 el mérito de prueba del dominio cuya tutela impetró el actor; le otorgó tal mérito contra lo prescrito en el artículo 597 del C. J. y sin decir por qué. De esta guisa prevaleció el título escriturario sobre la posesión que el demandante atribuyó al reo y que éste aceptó reiteradamente, quedando establecida la propiedad, elemento esencial básico de la acción reivindicatoria, con la infracción obvia indirecta del citado artículo 597, ordinal 2º, del C. J., y directa de los artículos 946, 947, 950, 961, 962, 964, 966, 970 y 971 del C. C.

Resolución

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y como Tribunal de instancia absuelve al demandado Fabriciano Bedoya de los cargos que le formuló Gilberto Herrera en demanda de 2 de diciembre de 1951, recibida el 10 de los mismos en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

José Hernández Arbeláez.—José J. Gómez R.

Manuel Barrera Parra. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. —CUANDO SE TRATA DE ACREDITAR EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS ES MENOS AMPLIA LA LIBERTAD DE APRECIACION DE PRUEBAS QUE TIENE EL JUZGADOR DE INSTANCIA

1.—Cuando se trata de acreditar el estado civil de las personas, la libertad de apreciación de los jueces no es tan amplia en materia de pruebas, y puede la Corte, en casación, estimar si el Tribunal ha incurrido en error, cuando muestra demasiada amplitud y da por acreditado un estado de posesión notoria del estado de hijo, sin que los hechos alegados en favor de tal estado se encuentren demostrados de manera irrefragable.

2.—En la prueba testimonial, la declaración debe ser un acto del declarante y no una reproducción fiel del interrogatorio que le presenta la parte interesada en obtener la prueba. Así como no vale la declaración del testigo que se reduzca a decir "es cierto lo que se me pregunta", tampoco tiene fuerza de prueba la manifestación que se reduce a responder repitiendo textualmente la pregunta, porque esto equivale a responder "es cierto" y nada más.

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

(Magistrado Ponente: doctor Julio Pardo Dávila)

Edelmira Vargas presentó demanda contra Concepción Cufiño viuda de Hipólito Nieto y contra Aparicia Nieto, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"1)—Que se declare que la señora Edelmira Vargas es hija natural del señor Hipólito Nieto, quien falleció hace algún tiempo;

"2)—Que como consecuencia de la anterior declaración, se reconozca a Edelmira Vargas como heredera de Hipólito Nieto, para efectos de la ley, y sin perjuicio de terceros;

"3)—Que en consecuencia de las anteriores declaraciones, se le entreguen los bienes que pudieren corresponderle en la sucesión de Hipólito Nieto, bienes que relaciona en la demanda;

"4)—Que si se oponen los demandados, sean condenados en costas".

Como hechos fundamentales de la demanda, adujo los siguientes:

"a) Que Edelmira Vargas es hija natural de Hipólito Nieto;

"b) Que Hipólito Nieto mantuvo relaciones con la madre de Edelmira Vargas, o sea con Josefina Vargas, y que de esas relaciones nació la mencionada Edelmira;

"c)—Edelmira Vargas fue considerada por Hipólito Nieto como hija natural, desde que nació hasta cuando éste falleció;

"d) Hipólito Nieto se consideró como padre de Edelmira desde que ella nació, manifestándolo públicamente viendo por ella, atendiendo a la subsistencia de ella, suministrándole alimentación y vestuario, atendiendo a su educación, viviendo ella con Hipólito Nieto en casa de éste; en una palabra, tratándola de manera pública como hija natural de él";

"e)—Hipólito Nieto fue reconocido públicamente por todos sus amigos y relacionados como padre natural de Edelmira Vargas, y también por la esposa del citado Nieto y por los vecinos;

"f)—Edelmira Vargas consideró desde que tuvo uso de razón a Hipólito Nieto como su padre natural, le daba pública y privadamente el título de padre y lo respetaba y obedecía como a tal, hasta que aquel falleció, pues dicho señor la tenía en su casa de habitación;

"g)—Edelmira Vargas lo atendía y lo ayudaba en todos sus trabajos de agricultura".

De las demandadas contestó la demanda Concepción Cufiño viuda de Hipólito Nieto y dijo no oponerse a las declaraciones pedidas, "porque estando reconocida Aparicia Nieto como heredera en la sucesión de su hermano Hipólito Nieto, la lucha debe hacerse entre tal señora y la demandante, ya que se trata de saber cuál de las dos debe ser excluída de la herencia". La otra deman-

dada, Aparicia Nieto, no contestó la demanda. El juez civil del circuito de Guateque, dictó sentencia de primera instancia, con fecha diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, y resolvió:

"1º—Declárase a la señora Edelmira Vargas como hijo natural del señor Hipólito Nieto quien falleció hace algún tiempo".

Los pedimentos contenidos en los puntos segundo, tercero y cuarto de la demanda, también fueron fallados favorablemente para el actor.

Ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y la inscripción de la sentencia en los libros respectivos de la oficina de registro de instrumentos públicos del circuito de Guateque.

Esta sentencia fue apelada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por fallo de fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y tres, confirmó los puntos primero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primera instancia y revocó los puntos segundo y tercero de la misma providencia.

Contra esta sentencia del Tribunal de Tunja interpuso el recurso de casación la parte demandada, el que pasa la Corte a resolver, previas las consideraciones siguientes:

La demanda de casación

Invoca como causal de casación la primera del artículo 520 del Código Judicial, es decir "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva" y formula dos cargos, de los cuales el segundo es suficiente para casar el fallo (art. 538 C. J.).

Segundo cargo

"El Honorable Tribunal insistió en error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba testimonial al considerarla suficiente para la demostración de la posesión notoria de hija natural de Edelmira Vargas en relación con Hipólito Nieto, por no aplicación de los artículos 687, 697, 701 del C. de P. C., 7º de la ley 45 de 1936, 398 y 399 del C. C., errores que lo llevó (sic) a violar el numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, 6º de la misma ley y 593 del C. de P. C., que tienen el carácter de sustantivos y que determinan las condiciones de la posesión notoria de hijo natural y la manera de estimar la prueba".

Se considera:

Dice la sentencia del Tribunal:

"Aunquando en los hechos enunciados en el libelo, unos se refieren a la existencia de relaciones sexuales estables entre Josefina Vargas e Hipólito Nieto y otros a la posesión notoria del estado de hija natural que tuvo Edelmira Vargas con relación a Hipólito Nieto, es lo cierto que todas las pruebas traídas por el actor contemplan solamente esta última causal, o sea la prevista en el numeral 5º del artículo 4º de la ley citada.

"El artículo 7º de la misma ley dispone que las reglas de los artículos 395 y 398 del C. C., se aplican también al caso de la filiación natural. El artículo 398 dice: 'para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos'.

"Ya se dijo que en el presente caso sólo el actor adujo pruebas, consistentes en partidas de origen eclesiástico para acreditar el nacimiento de Edelmira Vargas como hija natural de Josefina Vargas y de padre desconocido, hecho ocurrido el 22 de septiembre de 1911 (folio 13, cuaderno 7º), la defunción de Hipólito Nieto el 29 de octubre de 1949 (folio 2, cuaderno 1º), el matrimonio de Hipólito Nieto con Concepción Cufiño celebrado el 22 de julio de 1912. Los hechos anteriores tuvieron lugar en Guateque. También se acredita el matrimonio celebrado por Edelmira Vargas, hija de Josefina, con Víctor Manuel Moreno en Bogotá el 8 de mayo de 1932 (folio 5, cuaderno 1º) y la declaratoria de herederos a favor de Aparicia del Carmen Nieto Cárdenas en condición de hermana legítima de Hipólito Nieto y a favor de Concepción Cufiño como cónyuge sobreviviente, dictadas en el juicio sucesorio de Hipólito Nieto.

"El elenco probatorio se complementa con numerosas declaraciones entre las cuales figuran algunas de familiares del mismo Hipólito Nieto, quienes afirman con abundancia de detalles cómo Edelmira Vargas fue tenida por Hipólito como hija natural suya, atendiendo a su subsistencia, vestuario y educación y alojándola en forma continua y permanente en su propia casa, aún durante el tiempo en que vivía con su esposa Concepción Cufiño.

"Consta también en ellas que Edelmira dio a Hipólito desde que tuvo uso de razón el título de 'papá', tratamiento que acostumbró no sólo en sus relaciones privadas sino en forma pública y

que Hipólito recibía y aceptaba con agrado, hecho que fue reconocido unánimemente por el vecindario de Cuaspúe.

"Consta además que Edelmira contrajo matrimonio con Víctor Manuel Moreno con la aquiescencia de su padre Hipólito Nieto, y que no obstante esto continuó prestándole a éste las mismas atenciones de hija que le había prodigado cuando soltera, en términos que en la última enfermedad de Hipólito fue Edelmira quien cuidó de él, pues la esposa Concepción Cuñino o Ruiz, le abandonó y se fue a vivir a Bogotá, de donde regresó sólo cuando Hipólito ya había fallecido, a reclamar la herencia.

"Se sabe también que los parientes y allegados de Nieto miraban a Edelmira como hija de éste en virtud del tratamiento que recíprocamente se daban.

"Todos los numerosos declarantes sobre los hechos que constituyen la posesión notoria del estado de hija natural que tuvo Edelmira Vargas con relación a Hipólito Nieto, concuerdan en que tal estado se prolongó desde cuando Edelmira tuvo uso de razón hasta cuando murió Hipólito, esto es por un espacio mucho mayor de veinte años, según las partidas que determinan la fecha del nacimiento de Edelmira y la de la muerte de Hipólito".

Las anteriores transcripciones de la sentencia se hacen para concluir que el Tribunal estimó acreditada en el juicio la posesión notoria del estado civil que Edelmira Vargas tuvo respecto del pretenso padre Hipólito Nieto, o sea el caso contemplado en el ordinal 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, para declarar judicialmente la paternidad natural de Nieto respecto a la Vargas.

El estatuto legal sobre filiación natural dice que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento (artículo 6º de la ley 45 de 1936) y ordena, asimismo la citada ley, que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, deberá haber durado diez años continuos por lo menos y se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan ésa posesión de un modo irrefragable (artículo 7º de la ley 45 de 1936), en armonía con los artículos 396 y 399 del Código Civil. Si se cumplen a cabalidad las condiciones enumeradas arriba, es posible declarar judicialmente la paternidad natural; si esas condiciones o alguna de ellas, no se satisfacen, entonces no podrá hacerse tal declaración.

El Tribunal, como se deja anotado, estimó que se habían cumplido todos los requisitos que la ley establece para proceder a declarar judicialmente la paternidad natural, y en consecuencia dijo que Edelmira Vargas tiene el carácter de hija natural respecto de Hipólito Nieto.

El recurrente en casación considera que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas presentadas por la parte actora, por cuanto que las declaraciones de testigos aducidos como pruebas para demostrar la posesión notoria del estado civil de hija natural de Edelmira Vargas respecto a Hipólito Nieto no demuestran esa posesión notoria, o lo que es lo mismo, que el Tribunal dio por demostrado un hecho (posesión notoria del estado civil de hija natural) sin estarlo y por lo consiguiente aplicó mal las disposiciones contenidas en los artículos 4º, numeral 5º y 7º de la ley 45 de 1936.

Antes de entrar a examinar el fundamento del cargo, es conveniente hacer un breve comentario sobre la libertad de apreciación de que gozan los Tribunales para estimar las pruebas que se presenten al debate y saber entonces hasta dónde llega esa libertad para ver si el sentenciador ha incurrido en error de hecho o de derecho en la apreciación que hace de las pruebas de las que dedujo la demostración de los hechos básicos de la demanda para aplicarlos, en tales condiciones, las disposiciones legales sobre la materia del juicio.

La ley confiere al juzgador de instancia un poder amplio para que pueda apreciar las pruebas, pero esto no significa, ni puede significar, que goce de una absoluta e irrestricta libertad de apreciación, porque debe estar sometido, en primer término, a la evidencia de los hechos, y luégo a la ley que le ordena cómo debe estimar determinada prueba y cuál es el valor que a ella debe darle para aplicar la ley.

En la materia sujeta a este juicio, se trata de definir sobre el estado civil de una persona, y en ese concepto va envuelto un principio de seguridad social, de que rodearse de toda clase de garantías, de tal suerte que la misma ley es exigente en extremo cuando quiera que se trata de acreditar el estado civil de las personas. En

tonces la libertad de apreciación de los jueces no es tan amplia, en materia de pruebas, y puede la Corte, en casación, estimar si el Tribunal ha incurrido en error, cuando muestra demasiada amplitud y da por acreditado un estado de posesión notoria del estado de hijo, sin que los hechos alegados en favor de tal estado se encuentren demostrados de manera irrefragable.

La Corte, en sentencia de fecha 14 de mayo de 1954, Gaceta Judicial número 2141, página 567, se expresó así:

"...La jurisprudencia es hoy, con sobrada razón muy exigente en la calidad de la prueba de los casos del artículo 4º de la ley 45 de 1936, precisamente para que las acciones sobre filiación pasen por el crisol de la más rigurosa crítica, a fin de que el reconocimiento judicial de la filiación sea producto de una comprobación evidente, perfecta, irrefragable, que no deje la más leve sombra de duda y ofrezca la seguridad de que no se trata de una superchería, de otro escándalo que haga impacto en la propio ley.

"Como en manos de la jurisprudencia está el medio de conjurar tan grave riesgo, la Corte ha sentado en muchas sentencias recientes, sabias y prudentes doctrinas que deben mantenerse. En el último fallo sobre la materia jurídica de que se trata, dictado el 21 de abril retropróximo, la Corte dijo: ...'Otro tanto sucede respecto de la prueba de la posesión notoria del estado de hijo (legítimo o natural), la cual debe constituírse, no simplemente por dos testigos, sino por un número superior, los cuales deben dar cuenta de los hechos declarados en forma tan completa y fehaciente que no dé margen a dudas sobre la veracidad con que deponen: de esta manera ha interpretado invariablemente la jurisprudencia la frase 'conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de un modo irrefragable', contenida en el artículo 399 del Código Civil.

"Este rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañadera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de probar la filiación natural: porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (**Pater is est quem nuptiae demostrant**) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial".

Y comentando la causal 5ª de reconocimiento de la paternidad natural, dice la Corte en sentencia de 15 de junio de 1954, Gaceta Judicial Nº 2142, página 828:

"Si dentro del régimen de la familia legítima, en que el hijo nace protegido por la presunción legal de paternidad que del matrimonio arranca, todavía es posible impugnar la legitimidad apesar de mostrarse la filiación en las mejores condiciones de certidumbre, no habrá de ser nunca menos austera la exigencia legal de pruebas fidedignas, irrefragables y del todo concluyentes cuando se busca esclarecer y determinar la filiación fuera del matrimonio que se produce en campos de incertidumbre a veces impenetrables, desde luego que la paternidad, oculta por naturaleza, no es susceptible de comprobación directa.... No puede ser de otra manera. Si el debate sobre la filiación legítima, fundada en el matrimonio, se orienta sobre bases ciertas: período biológico de la gestación, presunción **pater is est quem nuptiae demostrant**, en la procreación extramatrimonial no existe el mismo apoyo de certidumbre, el demandado se presume libre de una paternidad que es necesario comprobar por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes que no permitan el menor género de duda en el ánimo del juzgador, con razón que sube de punto si el pretendido padre ha muerto ya".

Por último, en sentencia de fecha 14 de septiembre del año próximo pasado, publicada en la Gaceta Judicial número 2146, página 596, la Corte, al casar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sobre filiación natural, dijo lo siguiente:

"...Que para establecer la posesión notoria del estado civil de hijo natural, como causal para invocar la declaración judicial de ese estado, deben probarse: a), el tratamiento o **tractus** que el presunto padre o madre hayan dado al hijo considerándolo como tal, a lo menos durante el término continuo que como mínimo fija la ley, y b), la fama o reputación que, con base en ese tratamiento, tenga el hijo de serlo respecto de determinada persona, en calidad de habido fuera del matrimonio.

"Que el tratamiento y la fama deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a), a su subsistencia; b), a su educación y c), a su establecimiento (art. 6º de la ley 45 citada)

"De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas; admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen.

"Que en el caso a que se contrae la sentencia **sub-judice**, dejaron de acreditarse en la forma expuesta los elementos constitutivos del estado de hijo natural, particularmente la educación y establecimiento..., pues los testigos no expresan en cuáles escuelas o institutos recibiera aquella, cuál el grado de enseñanza suministrada, por cuánto tiempo, ni dicen en qué consiste el establecimiento del supuesto hijo, etc., y

"Que todo lo expuesto demuestra que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar las pruebas señaladas por el recurrente, toda vez que la soberanía de que en la generalidad de los juicios disfruta el sentenciador para apreciar los hechos jurídicos, hállase notablemente restringida en los procesos de filiación natural a consecuencia del severo régimen probatorio impuesto **ad hoc** por el legislador".

En el caso que se estudia el Tribunal aceptó que con las declaraciones de los testigos, que obran en el expediente, se encontraba suficientemente demostrado el hecho de que Edelmira Vargas tuvo la posesión notoria del estado de hija natural respecto de Hipólito Nieto y le dió a tales testimonios el valor suficiente como pruebas para deducir de ellas que efectivamente la primera es hija natural del segundo.

Pero del mismo análisis que de los testimonios hace el Tribnal se deduce el error en que incurrió, pues de tales declaraciones no aparece demostrado que se hubieran cumplido los requisitos que la ley exige para declarar que existe la posesión notoria del estado de hija natural de Edelmira Vargas con relación al pretenso padre Hipólito Nieto.

En efecto: los testigos que declararon en la primera instancia no indican ningún hecho concreto que acredite cómo Hipólito Nieto atendiera a la educación de Edelmira Vargas ni cuáles fueron los hechos que demuestren el establecimiento de la pretendida hija natural. En forma por demás imprecisa, dicen únicamente que la Vargas vivió en la casa de Nieto, pero no determinan cuánto tiempo habitó Edelmira en la casa de Hipólito, pues algunos dicen que fue desde que nació hasta cuando su pretendido padre falleció; otros afirman que fue hasta cuando la Vargas se casó, y otros dicen que nada les consta sobre que Edelmira fuera hija de Hipólito Nieto.

Una breve síntesis de esos testimonios conduce a aclarar la cuestión en estudio.

Declara Francisco Camero Páez:

"Sí me consta personalmente que Hipólito Nieto reconocía a Edelmira Vargas hija de Josefina Vargas, como hija suya y que la mantuvo por mucho tiempo bajo su mismo techo, la atendió en todo lo relacionado con la vida ordinaria de familia y haciéndole saber a sus amigos la condición de hija natural que le asistía".

Adán Moreno dice:

"Sí me consta personalmente, por las circunstancias ya dichas de nuestra amistad con Hipólito, que éste desde que nació Edelmira la reconoció como su hija, y por lo mismo la crió en su casa suministrándole alimentos, vestuario, educándola y enseñándola a todos sus amigos y relacionados como hija natural suya".

Angel María Celis expone:

"No me consta nada tampoco a este respecto, pues aunque conozco a Edelmira y conocí a Hipólito, no supe de sus relaciones de familia. Sí me consta que Edelmira vivió algún tiempo en casa de Hipólito Nieto y que algunas veces que se lo oí nombrar le daba el calificativo de papá, pero en lo que yo traté a Hipólito, no le oí decir que ella fuera su hija, razón por la cual no sé en definitiva el parentesco que entre ellos existiera".

Angel María Hernández declara así:

"Mi conocimiento de Edelmira Vargas no data desde la época de su nacimiento sino ya de muchacha formada, y sí me consta de manera personal y directa que ella asistía en casa de Hipólito Nieto, al menos por unos cuatro o cinco años, pero no sé las condiciones en que esto ocurriera, pues nunca Hipólito me habló de ese y a Edelmira no le oí tampoco referir su vida en ese hogar, y en cuanto al trato que Hipólito le diera no sé si sería el de padre, aunque sí la oía yo decirle, aún en su presencia: 'papá'... Puedo decir que Edelmira, en los días de la enfermedad de Hipólito, ya para morirse, no era quien asistiera de hijo en casa de Hipólito, pues para esa época ella ya estaba casada, pero como vivía cerca a la casa de éste, yo la veía entrar con alguna frecuencia y colijo que posiblemente iba a atenderlo en su enfermedad".

Obdulia Nieto dice:

"...Como Josefina Vargas vivía en el campo, lejos de aquí de la ciudad, y por allá fue donde

crió a Edelmira, no puedo decir si Hipólito desde entonces la hubiera favorecido y socorrido como corresponde a un padre, aunque sea natural, pero cuando ya grandecita sí me consta que Hipólito la trajo a su casa y allí la tuvo y asistió por algún tiempo, mejor hasta cuando ella se casó... Lo respetaba y servía en lo que se le ofrecía, más cuando la tuvo en su casa y le daba el tratamiento de hija y ella a él el de padre".

Leoncio Pinto se expresa así:

"Sí me consta de manera personal y directa, por haber sido público y notorio en esta población, que Hipólito Nieto mantenía en su casa a Edelmira Vargas, reconociéndola por hija suya y suministrándole todo lo necesario tanto para su subsistencia como para su educación y hasta viviendo con ella bajo el mismo techo y dándole el calificativo de hija. Cuando yo conocí a Edelmira Vargas, hija de Josefina, ya era jovencita y ya se decía que era hija de Hipólito Nieto dándole el tratamiento de padre por todo el tiempo que con él vivió, o mejor, hasta cuando éste falleció".

Melesio Roa:

"Sí me consta que Hipólito tenía en su casa a Edelmira, tratándola como hija natural, atendiéndola en todas sus necesidades de crianza y educación, pero no sé si esto ocurriría desde cuando ella nació, pues, como ya lo dije, la vine a conocer volantona, pero eso sí, Hipólito la tenía por hija suya, y viviendo con él en su propia casa".

Campo Elías Bohórquez:

"...Desde cuando yo conocí a Edelmira, que ya estaba grandecita, vivía en casa de Hipólito y éste le daba el trato de hija y así mismo la atendía en todas las necesidades de vestuario, alimentación, educación y demás obligaciones de padre para con los hijos, pues él así la tenía reconocida y por eso vivía bajo un mismo techo".

Eustorgio Medina:

"Cuando yo conocí a Edelmira estaría ella de unos catorce o quince años y estaba viviendo en casa de Hipólito Nieto: ella le decía siempre "papá" y él no protestaba, y hasta la tuvo en la casa en compañía de su propia esposa antes de irse ella para Bogotá".

En la segunda instancia rindieron declaración los mismos Leoncio Pinto, Melecio Roa, Campo Elías Bohórquez y Adán Moreno. Las declaraciones de estos testigos no pueden tenerse como pruebas para acreditar la posesión notoria del estado civil de hija natural de Edelmira Vargas respecto de Hipólito Nieto, pues tales declaraciones están rendidas contestando en forma prácticamente exacta a los puntos del interrogatorio y las declaraciones parecen calcadas del cuestionario formulado por la parte actora, salvo discrepancias tan insignificantes que no modifican en nada la repetición anotada.

Los testimonios aducidos como pruebas no satisfacen las condiciones que deben exigirse en todo testimonio para que tenga cumplida validez, o sea responsivo, exacto y completo. Que el testigo relate conscientemente el hecho sobre que se le interroga; que declare con certeza, sin incertidumbres ni vacilaciones; y que no deje ningún detalle de importancia en su declaración. Todo esto quiere decir que la declaración debe ser un acto del declarante y no una reproducción fiel de interrogatorio que le presenta la parte interesada en obtener la prueba. Así como no vale la declaración del testigo que se reduzca a decir "es cierto lo que se me pregunta"; tampoco tiene fuerza de prueba la manifestación que se reduce a responder repitiendo textualmente la pregunta, porque esto equivale a responder "es cierto" y nada más.

En el caso sub-judice el Tribunal aceptó que con las declaraciones que obran en el expediente y de las cuales se ha hecho un resumen, se comprobó a satisfacción que Edelmira Vargas es hija natural de Hipólito Nieto por haber acreditado la posesión notoria del estado de hija e hizo la declaración correspondiente de acuerdo con la solicitud de la demandante.

El artículo 7º de la ley 45 de 1936 ordena que los artículos 398 y 399 entre otros, del Código Civil se aplican al caso de la filiación natural; luego para dar aplicación al artículo 4º, inciso quinto, de la misma ley, esto para acreditar el estado de posesión notoria del de hijo natural, es preciso demostrar ese estado dando cumplimiento a lo dispuesto por los citados artículos 398 y 399 del código citado.

Tales disposiciones ordenan que la posesión notoria del estado civil debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, y que para que la misma posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, deberá haber durado diez años continuos por lo menos.

Con las declaraciones que sirvieron de fundamento al Tribunal para declarar que Edelmira Vargas había probado su posesión notoria del estado de hija natural respecto a Hipólito Nieto, no se acreditó ese hecho, porque hace falta demostrar que realmente Hipólito Nieto trató a Edel-

mira Vargas como a su hijo natural, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, durante diez años continuos por lo menos. Los declarantes no están acordes respecto al tiempo, pues algunos dicen que Edelmira vivió con Hipólito Nieto desde cuando ella nació hasta cuando falleció Nieto; otros afirman que esto no sucedió sino desde cuando la Vargas estaba ya "grandecita" o "volantona", como dicen algunos de los declrantes; otros se refieren a un lapso de cuatro o cinco años; ninguno afirma en forma responsiva y dando la razón de su dicho, que los parientes y el vecindario en general consideraran a la Vargas como hija de Nieto, pues a este particular se refieren en forma por demás tan vaga, diciendo que les consta personalmente, pero sin narrar hechos concretos y determinantes para deducir de ellos la fama pública que se necesita para demostrar la notoria posesión del estado civil.

Lo anterior significa que no se han cumplido, en el caso que se estudia, los requisitos que previenen los artículos 398 y 399 del Código Civil, y que por lo tanto el Tribunal incurrió en error de derecho cuando le otorgó a las pruebas un valor que la ley les niega, porque "en general puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata entonces de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley (jurisprudencia citada en la obra "Recurso de Casación", Pérez Vives). Por lo dicho, el Tribunal violó indirectamente la disposición del artículo 4º de la ley 45 de 1936, inciso 5º, y los artículos 398 y 399 del Código Civil.

Es por lo tanto fundado el cargo que el recurrente hace a la sentencia, y por lo mismo, la misma, 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio ordinario de María Edelmira Vargas contra Concepción Cufiño v. de Nieto y otra, revoca la de primera instancia dictada por el juez civil del circuito de Guateque el diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, y como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Se deniegan las peticiones contenidas en la demanda ordinaria incoada por María Edelmira Vargas contra Concepción Cufiño de Nieto, viuda de Hipólito Nieto y Aparicio Nieto, hermana del mismo, y como consecuencia se absuelve a las demandadas de todos los cargos de la demanda.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro L., Secretario.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el tribunal superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por el doctor Pablo A. Vaca Torres contra la sociedad Cooperativa de Transportes de Oriente Limitada.

Antecedentes

La demanda.—Se piden en ella las siguientes declaraciones:

"**Primero.** — Que la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda., debe, de plazo vencido, al peticionario **Pablo A. Vaca Torres**, la suma **de dieciocho mil ochocientos noventa pesos con cuarenta y cuatro centavos moneda legal** ($ 18.890.94 m/l) por concepto de honorarios profesionales pactados y causados en la defensa del impuesto de valorización liquidado al predio de la carrera trece (13) número seis quince (6-15) y seis treinta y tres (6-33) de Bogotá, de propiedad de la entidad demandada, y liquidado por el Municipio de Bogotá, según la Resolución 64 de 8 de mayo de 1947;

"**Segundo.** — Que la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda., debe, de plazo vencido, a **Pablo A. Vaca Torres**, la suma a que se refiere la declaración anterior con sus intereses legales, desde que pagó la suma a que quedó reducido el impuesto liquidado por el Municipio de Bogotá, al predio de la carrera trece (13) número seis quince (6-15) y seis treinta y tres (6-33) de Bogotá, por la Resolución Nº 12 de 26 de enero de 1948 de la Alcaldía de Bogotá;

"**Tercero.**—Que la entidad demandada debe pagar las costas de este juicio en caso de oposición".

En subsidio:

"**Primero.** — Que la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda., sea condenada al pago de los honorarios profesionales que pericialmente tasen peritos expertos en derecho, a favor de **Pablo A. Vaca Torres** y causados en la disminución del impuesto de valorización liquidado al predio de la carrera trece (13) número seis quince (6-15) y seis treinta y tres (6-33) de Bogotá, en cuantía de **setenta y cinco mil quinientos sesenta y tres pesos con setenta y siete centavos moneda legal** ($ 75.563.77 m/l) por medio de la Resolución 12 de 26 de enero de 1948 emanada de la Alcaldía de Bogotá.

"**Segundo.**— Que en caso de oposición por parte de la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda., sea condenada a las costas de este juicio, a favor de Pablo A. Vaca Torres".

Dice, en resumen, el demandante: que la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda., durante los años de 1947 y 1948, fue propietaria de un inmueble ubicado en la carrera 13 de Bogotá, hoy Avenida Caracas, distinguido en su puerta de entrada con los números 6-15 y 6-33; que el Municipio de Bogotá gravó dicho inmueble con un impuesto de valorización por valor de noventa y nueve mil seiscientos noventa y cuatro pesos con diecisiete centavos, por medio de resolución número 64 de 8 de mayo de 1947, de la Alcaldía de Bogotá; que los propietarios contribuyentes al impuesto de valorización por obras de la Avenida Caracas, eligieron, el 18 de mayo de 1947, una junta encargada de la defensa de sus intereses, de la cual fue designado como presidente el demandante, y que el acta respectiva aparece firmada por Eustorgio Castro como gerente de la Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda.; que siendo gerente de dicha entidad el señor Eustorgio Castro, celebró con el demandante, en nombre de tal entidad, a fines de octubre de 1947, contrato en virtud del cual se obligó el demandante a hacer todas las gestiones conducentes para obtener una rebaja del impuesto de valorización y, por su parte, Castro se obligó, a nombre de la Cooperativa, a pagarle al demandante como honorarios el 25% del valor de la rebaja que se obtuviera de dicho impuesto; que merced a las múltiples y dilatadas gestiones

realizadas con tal fin por el demandante, se obtuvo que dicho impuesto quedara reducido a la suma de veinticuatro mil cien pesos con cuarenta centavos, según resolución número 12 de 26 de enero de 1948 de la Alcaldía de Bogotá, de tal manera que la rebaja obtenida ascendió a la suma de setenta y cinco mil quinientos sesenta y tres pesos con setenta y siete centavos; y que la entidad demandada no le ha pagado los honorarios correspondientes a las referidas gestiones.

La contestación.—Se opuso la demandada a todas las peticiones de la demanda; negó los hechos fundamentales de ésta y propuso la excepción consistente "en el hecho de que el doctor Pablo A. Vaca Torres no celebró contrato alguno con la entidad denominada Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda.; si fuere cierto que el señor Eustorgio Castro le encomendó alguna gestión, ello no va más allá de la responsabilidad personal del supuesto contratante".

La sentencia acusada.—Tramitada la primera instancia del juicio, a ésta le puso término el juez quinto del circuito de Bogotá con sentencia absolutoria para la entidad demandada, la cual, apelada por el demandante y previa la sustanciación de la segunda instancia, fue confirmada por el tribunal superior de Bogotá.

Considera el sentenciador que no está demostrado el contrato de mandato invocado en la demanda. A este respecto expresa:

"De las pruebas allegadas al expediente, la única que menciona el contrato de mandato es la declaración rendida dentro del juicio por el señor Eustorgio Castro, quien en alguna época fue gerente de la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Limitada.—Se dice que tal declaración es la única prueba que hace referencia a esa convención, porque el manuscrito que corre a los folios 1 a 4 del cuaderno número 3, nada dice respecto a la gestión encomendada al demandante por el gerente de la sociedad demandada. Y porque, a las manifestaciones hechas por el mismo señor Castro en posiciones absueltas extrajuicio y acompañadas al libelo, no puede dárseles el valor de confesión, pues, para la época en que el señor Castro las absolvió ya no era el gerente de la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente Limitada y por ello su dicho en nada perjudica a la persona que alguna vez representó (artículo 607 Código Judicial). Como la declaración del señor Eustorgio Castro no constituye plena prueba, según voces del artículo 696 del C. Judicial, y no existiendo otra prueba, es forzoso concluir que el actor no demostró en debida forma el contrato del cual hace derivar la obligación cuyo reconocimiento solicita, y por tanto, la demanda ha de ser despachada en forma desfavorable, conclusión a que llegó el Juzgado del conocimiento por otras razones".

Agrega que "en el presente caso no existe constancia de que el demandante hubiera gestionado el negocio que dice se le encomendó por cuenta y riesgo de la entidad demandada. Por el contrario, de las declaraciones de los señores Carlos E. Abondano y Abelardo Rodríguez B., y del escrito del folio 13 del cuaderno número 3, aparece cosa distinta, así: los testigos dicen que los memoriales dirigidos al Concejo de Bogotá y al Alcalde de esta ciudad fueron hechos por el doctor Pablo A. Vaca Torres en su carácter de presidente y abogado de la junta pro-defensa de los contribuyentes al impuesto de valorización de la Avenida Caracas sector sur y que tales memoriales fueron firmados por los miembros integrantes de la junta y por los deponentes en sus calidades de fiscal y tesorero de la misma; y el memorial, dirigido y firmado por los señores miembros de la junta pro-defensa de los contribuyentes al impuesto de valorización de la Avenida Caracas en el sector de la calle 13 a la calle 1ª, contiene las manifestaciones que dicha junta hizo al señor presidente y honorables miembros del Concejo de Bogotá".

La Casación

El recurrente, fundado en la causal primera, acusa el fallo por varios extremos que la Corte pasa a examinar.

Primero: violación de los artículos 2142, 2143, 2144, 2173, 2184, ordinal 3º, 2120, inciso 3º, del Código civil; 491 del código de comercio y 11 de la ley 124 de 1937; violación proveniente de errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de algunas pruebas y en falta de apreciación de otras.

En relación con el contrato de mandato dice, en resumen, el recurrente: a), que la declaración de Eustorgio Castro constituye un indicio vehemente de la celebración de tal contrato y que, por tanto, la sentencia recurrida incurrió en error de derecho en la apreciación de dicha declaración; b) que existen, por otra parte, otros indicios que el tribunal dejó de apreciar, incurriendo así en manifiesto error de hecho: el acta original de la junta de propietarios del sector de la

Avenida Caracas comprendido entre las calles sexta y trece (f. 1 del C. Nº 3), que aparece suscrita por Eustorgio Castro a nombre de la Cooperativa de Transportadores de Oriente Ltda.; certificación de la Secretaría General de la Superintendencia Nacional de Cooperativas en que consta que Eustorgio Castro fue gerente de la entidad demandada desde el 25 de octubre de 1947 hasta el 4 de febrero de 1950; certificado del registrador de instrumentos públicos en que aparece que la Sociedad Cooperativa demandada es propietaria de un inmueble distinguido con los números 6.97 y 6.99 de la Avenida Caracas, esto es, situado en el sector comprendido entre las calles sexta y trece de que trata dicha acta; confesión de la entidad demandada, en la contestación de la demanda, sobre el hecho de que fue propietaria, durante los años de 1947 y 1948, del referido inmueble; respuesta de la sociedad demandada al hecho octavo de la demanda, en la cual se lee: "La Cooperativa desconoce cualquier contrato que el señor Castro haya celebrado sin la debida autorización, pues ella se rige por estatutos que son su ley".

En lo que respecta a la aseveración del sentenciador según la cual "no existe constancia de que el demandante hubiera gestionado el negocio que dice se le encomendó por cuenta y riesgo de la sociedad demandada; por el contrario, de las declaraciones de los señores Carlos E. Abondano y Abelardo Rodríguez B., y del escrito de folios 13 del cuaderno número 3 aparece cosa distinta", dice el recurrente que hay error de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas en el párrafo transcrito, ya que dentro de las gestiones de defensa referentes al impuesto de valorización realizadas por el demandante, se encuentra comprendido el inmueble perteneciente a la entidad demandada. Por otra parte, el tribunal incurre en manifiesto error de hecho por falta de apreciación de las copias expedidas por el concejo de Bogotá, folios 13 a 15 del cuaderno número 3, y de los ejemplares, debidamente autenticados, de los anales del concejo, folios 25 a 35 vto., del mismo cuaderno, documentos que acreditan las gestiones efectuadas por el demandante para obtener la rebaja del impuesto de valorización de varios inmuebles y entre ellos el perteneciente a la cooperativa.

Segunda: violación, por falta de aplicación, de los artículos 2120 del código civil, 491 del código de comercio y 11 de la ley 124 de 1937. Expone el recurrente que el gerente de la cooperativa estaba autorizado para celebrar contratos hasta por la suma de trescientos pesos; que cuando celebró el contrato de mandato con el demandante no se sabía el valor de la rebaja que pudiera obtenerse pero que como ésta ascendió a una suma de consideración, la sociedad demandada se niega a pagar los honorarios profesionales correspondientes a las gestiones realizadas. —Agrega que "para solucionar ésta y otras situaciones análogas existen varios textos legales, que habiendo debido aplicar el tribunal fallador al caso de esta litis, no quiso o se abstuvo de aplicar. En efecto, dice el artículo 2120 del C. C.: 'Si el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, no la obliga a terceros sino en subsidio y hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado'. De donde se infiere que si no es el socio sino el gerente quien contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, con mayor razón la obliga ante terceros, hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado, evitando así el enriquecimiento injusto que a costa y con menoscabo de los derechos del tercer contratante, pudiera aprovecharle. Pero hay algo más, dice el artículo 491 del C. de Co.: 'Si un socio no autorizado usare de la firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que hubiere suscrito, salvo en estos casos....2º Si la obligación se hubiera convertido en provecho de la sociedad'". Esta disposición es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada según lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 124 de 1937.

Examen de los cargos: como las cuestiones planteadas por el recurrente están estrechamente relacionadas, el examen de los cargos formulados al fallo recurrido se hace en conjunto. Al respecto se considera:

1º—En lo referente al contrato de mandato dice el sentenciador que la declaración de Eustorgio Castro "no constituye plena prueba según voces del artículo 696 del Código Judicial". De conformidad con la disposición legal citada, "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". Por consiguiente, el sentenciador, al no atribuirle el valor de plena prueba a la mencionada declaración, no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente.

2º—La declaración de Eustorgio Castro, no por sí sola, pero sí unida a otras presunciones como

las señaladas por el recurrente, podría admitirse como plena prueba de que entre el mencionado Castro, como gerente de la cooperativa, y el demandante, se celebró el contrato que se invoca en la demanda. Pero es lo cierto que tal contrato, suponiéndolo demostrado, es **inoponible** a la entidad demandada. En efecto: de conformidad con artículo 69 de la ley 134 de 1931, sobre sociedades cooperativas, "la representación judicial y extrajudicial de la sociedad, así como la ejecución de las órdenes y acuerdos de la junta directiva, corresponden al gerente de la sociedad, y sus atribuciones y deberes se fijarán en los estatutos"; y según consta en certificados de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, folio 2 vuelto del cuaderno número 2, "el artículo 58, ordinal k, de los estatutos de la Coop. de Transportadores de Oriente, al referirse a las atribuciones del gerente, establece: 'Celebrar contratos cuyo valor no exceda de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente' ". De aquí se infiere que Castro, al celebrar con el demandante el contrato de que habla la demanda, excedió los límites del mandato que le fue conferido por la cooperativa y por tanto no la obligó. De acuerdo con el artículo 2157 del código civil, "el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes lo autoricen a obrar de otro modo"; y según el artículo 2186 de la misma obra, "el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato".

3º—Por lo que hace a las gestiones realizadas por el demandante en favor de los propietarios de la Avenida Caracas en el sector comprendido entre las calles sexta y trece, aparecen demostradas con las declaraciones de Abondano y Rodríguez, así como con los documentos citados por el recurrente. Es cierto también que entre tales propietarios se encontraba la entidad demandada. Pero, como ya se ha dicho, no se efectuaron tales gestiones en ejecución de un contrato de mandato celebrado entre el demandante y la cooperativa de transportadores de Oriente limitada.

4º—De lo expuesto se desprende que el sentenciador no violó las disposiciones legales sobre el contrato de mandato citadas en la demanda de casación.

5º—Por lo que hace a las disposiciones de los artículos 2120 del código civil y 491 del código de comercio, este último en relación con el artículo 11 de la ley 124 de 1937, disposiciones que aparecen invocadas en la demanda de casación en cuanto consagran la doctrina general de que nadie puede enriquecerse injustamente, a costa de otro, se observa:

La llamada acción de **in rem verso** no aparece propuesta en la demanda que inicia el presente juicio y en consecuencia no fue fallada en él. Esa demanda se funda en un contrato de mandato que se dice celebrado entre el demandante y la entidad demandada, y tiene por objeto exigir el cumplimiento de tal contrato. Como es bien sabido, las sentencias deben estar en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Como ya se dijo, el demandante no propuso la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria establecida en las disposiciones legales que se han citado, las cuales, por tanto, no resultan violadas en el fallo recurrido.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. —Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION RESCISORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR VICIOS OCULTOS EN LA COSA VENDIDA

1.—Tanto el comprador como el vendedor están equiparados en el conocimiento de los vicios ocultos de la cosa, pues el artículo 1.915 se refiere al comprador y el 1.918 se refiere al vendedor; ambos deben examinarla para saber si está en buenas condiciones y puede ser objeto de la compraventa pretendida; ninguno puede reclamar si incurre en negligencia grave al respecto; ni tampoco puede alegar ninguno la rescisión si en razón de su profesión y oficio, han debido conocer tales vicios.

2.—Planiol y Ripert advierten que el vicio no es oculto cuando, si bien escapa a la percepción de un comprador inexperto, surge inmediatamente a los ojos de una persona más competente, porque el comprador que conoce su impericia debe acudir a personas competentes, pues si no lo hace, incurre en culpa por haber confiado demasiado en su capacidad. En cuanto a automóviles, trae la jurisprudencia francesa, según la cual es vicio oculto el que no hubiera podido ser descubierto sino "por un perito que efectuase verificaciones o exámenes minuciosos o después de varios miles de kilómetros de circulación", ya que el comprador no está obligado a someter la cosa "a un examen que exija investigaciones científicas especiales".

En el caso particular, si el vendedor no tenía como profesión u oficio el de negociar automóviles ni el comprador conocía la técnica mecánica de automotores, tuvo razón el Tribunal al expresar que la negligencia fue de éste, al no hacer revisar la cosa comprada por un experto, para saber el estado del vehículo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 28 de octubre último, resolvió lo siguiente, en el juicio ordinario de **Jorge Salcedo Morales** contra **Alfredo Muñoz** y **Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda.:**

1º—Declaró probada la excepción perentoria de falta de acción y, por tanto, negó las declaraciones impetradas contra la sociedad Droguería Jaramillo Mora & Cía., Ltda.

2º—Negó las súplicas impetradas y, en consecuencia, absolvió al demandado Alfredo Muñoz V., de los cargos que en ellas le fueron formulados. Y

3º—Condenó en las costas de ambas instancias al demandante Jorge Salcedo Morales.

Contra dicha sentencia interpuso el actor, Jorge Salcedo Morales, el recurso de casación.

Antecedentes

1.—En el mes de octubre de 1951, Alfredo Muñoz V., le vendió a Jorge Salcedo Morales un automóvil marca Buick, modelo de 1947, tipo Sedán (Torpedo), de color café, por la suma de $ 6.300-00, que debía pagarse así: $ 3.000-00 de contado y el resto en tres letras, a treinta, sesenta y noventa días, la primera de $ 1.000-00 y las otras dos de $ 1.150-00.

Salcedo pagó los $ 3.000-00 el día 19 de octubre del año citado, según la fecha del recibo expedido por Muñoz, y pagó, además, dos de las letras (fls. 27, 28 y 29 del c. 1). Pero resolvió no pagar la última porque, según dice en carta de 24 de enero de 1952, hizo examinar el vehículo y encontró que no se hallaba "en perfecto estado para proceder a su intercambio comercial", según concepto técnico; en consecuencia, le pide que o le rebaje la suma de mil pesos o le devuelva la de $ 5.150.00 que le ha cubierto hasta entonces (f. 30 ibídem).

2.—Así las cosas, en demanda presentada el 17 de abril de 1952 contra Muñoz y contra Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda., pide Salcedo: a), que se declare rescindido el contrato de compraventa del automóvil; b), que se ordene a los demandados restituir las cantidades de dinero recibidas en pago del precio y al demandante la en-

truga del vehículo; y c), que se condene a los demandados a pagar los perjuicios causados por haberle vendido al actor "una cosa afectada con vicios ocultos" al tiempo de realizarse el contrato, perjuicios que han de fijarse en la suma de cinco mil pesos o en la que digan peritos.

En subsidio pide: a), que declarada la rescisión y realizadas las respectivas prestaciones mutuas, la Droguería Jaramillo Mora & Cía Ltda., está obligada a pagar los perjuicios indicados; y b), que el señor Alfredo Muñoz, como vendedor directo del automóvil, está obligado a pagar los mencionados perjuicios.

En caso de oposición, pide también la condena en costas.

Como hechos esenciales de la demanda se destacan: que Muñoz, previa "preparación del terreno" y luego de garantizarle a Salcedo que "el vehículo se encontraba en magníficas condiciones" y que, además, "él personalmente respondería por cualquier defecto o falla", acordaron el precio del dicho automotor; que el contrato se celebró el 23 de octubre de 1951, fecha en la cual Salcedo entregó los $ 3.000.00 de contado y las tres letras acordadas y que el mismo día Muñoz le entregó el vehículo a Salcedo; que la Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda., hizo el 3 de diciembre de 1951 el traspaso en forma legal, en comunicaciones dirigidas al Departamento de Circulación; que Salcedo le manifestó a Muñoz su ignorancia en "la técnica de los automóviles y nada conoce de los vicios o fallas de ellos" y que éste se manifestó dispuesto para entrenarlo y "así lo hizo por más de diez días en los predios de la Ciudad Universitaria"; que "a los pocos días de consumado el contrato" Salcedo percibió un ruido extraño en el vehículo, por lo cual lo llevó a un taller, en el que le encontraron que tenía roto el chassis, hacia la parte delantera izquierda"; que el automóvil "había sido estrellado en poder de la sociedad propietaria y vendedora", hecho que fue pasado en silencio por ella y "por el vendedor directo", accidente que ocurrió en el mes de febrero de 1951; que el comprador no ha podido hacer uso del carro porque tenía vicios ocultos "al tiempo de la venta", que conocían tanto la sociedad como Muñoz, y que ello le ha ocasionado perjuicios materiales y morales; que Salcedo dió aviso oportuno a Muñoz de las fallas del vehículo y que éste no hizo nada en cumplimiento de la garantía que antes de celebrarse el contrato le había ofrecido en forma persistente; y, finalmente, que el actor ha sufrido perjuicios materiales y morales, que discrimina.

Muñoz, al contestar la demanda, acepta la celebración del contrato, por la suma anotada, aunque no en la fecha que dice el actor, sino el 18 de octubre de 1951; afirma haber entregado el vehículo el 21 del mismo mes; explica que después de algunos arreglos anduvieron en el automóvil durante varios días, sin que el demandante notara "vicio ni falla ninguna"; agrega que durante sesenta días después de celebrado y perfeccionado el contrato, no tuvo reclamación ninguna que hacerle el demandante, puesto que pagó las dos primeras letras que estaba debiendo; niega, en suma, que el automóvil hubiera tenido vicios ocultos y que le hubiera ofrecido garantía especial por dicho automotor.

La sociedad de Jaramillo Mora & Cía. Ltda., contestó la demanda diciendo que no había tenido "ingerencia alguna, directa o indirecta, en la discusión y perfeccionamiento" del contrato de venta del automóvil; que le había vendido, sí, el vehículo, al Sr. Muñoz, con anterioridad, y se lo había entregado en perfectas condiciones de uso y servicio; y que lo único que realizó fue el traspaso directo ante el Departamento de circulación y tránsito, el 3 de diciembre de 1951, a solicitud del señor Muñoz y para evitar demoras en el dicho traspaso al nuevo comprador, señor Salcedo.

3.—El Juzgado, en sentencia de 31 de octubre de 1953 negó las súplicas de la demanda y absolvió a los demandados de los cargos que en ella les fueron formulados, porque no encontró probado que la cosa, objeto de la compraventa, hubiera adolecido de algún vicio oculto, al tiempo de celebrarse el contrato y que diera lugar a la rescisión del mismo.

El Tribunal, en la sentencia que es objeto del presente recurso de casación, hizo las declaraciones que se anotaron al principio, esto es, declaró que no había acción contra la sociedad de Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda., absolvió a Muñoz de los cargos de la demanda y condenó en costas al actor.

En lo referente a la sociedad de Jaramillo Mora anota el Tribunal que "el contrato se pactó exclusivamente entre el demandante Salcedo Morales y el demandado Muñoz", pues así se desprende de las posiciones absueltas por Salcedo y de la circunstancia de que la persona a quien se hizo el pago fue Muñoz y no la Droguería Jaramillo Mora.

En lo atañedero a Muñoz, estimó el Tribunal que no había prueba de que el automóvil tuviera un vicio, al tiempo de la venta, que diera lugar a la rescisión, lo cual deduce de dos pruebas:

de que el primer reclamo se lo hizo el comprador Salcedo al vendedor Muñoz el 24 de enero de 1952, o sea, a los tres meses de realizado el contrato; y de que los peritos que examinaron el vehículo no pudieron precisar la fecha o tiempo en que ocurrió el daño del chassis.

Debe, pues, la Corte, estudiar la demanda de casación presentada por el actor contra el mencionado fallo, y a ello se procede en seguida.

Cargo primero.—Según el resumen que hace el propio recurrente, acusa el fallo "por violación directa del artículo 1918 del código civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, olvidando que el vendedor por no decir los vicios si los conocía, o si esos vicios eran tales que por razón de su profesión u oficio haya debido conocerlos, está obligado no sólo a la restitución o a la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios, como ocurrió en el presente caso en que el vendedor real o aparente, señor Alfredo Muñoz V., era al tiempo de la celebración del contrato, experto en la compra y venta de automóviles, manejo y conducción de los mismos".

Acusa, asimismo, el fallo, "por violación directa del artículo 1.915 del código civil, por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito, partiendo de la base falsa, es decir, sin respaldo en constancia procesal alguna, de que el comprador Salcedo Morales incurrió en negligencia grave de su parte al celebrar el contrato de compraventa del automóvil, sin haber acudido a un técnico que lo revisara, pero cerrando los ojos ante la garantía dada por el vendedor real o aparente, Alfredo Muñoz V., según la propia confesión de éste, al comprador Salcedo Morales, de que el automóvil se encontraba en magníficas condiciones técnicas".

"Quebrantó asimismo al tribunal sentenciador y de manera directa —prosigue el recurrente— el artículo 1607 del código civil, por haberlo aplicado, sin ser pertinente, a la decisión del pleito, pues esta norma legislativa sólo tiene cabida en el evento de que el deudor haga entrega al acreedor de un cuerpo cierto, que no es precisamente el caso que nos ocupa, pues como está demostrado hasta la saciedad, el vendedor real o aparente, señor Muñoz V., entregó el automóvil al comprador Salcedo Morales el 23 de octubre de 1951, consumándose así y en esta fecha, plenamente, el contrato de compraventa. No existió, pues, la modalidad contemplada en este pasaje legal, de la entrega debida de un cuerpo cierto, que es condición indispensable para la recta aplicación del mismo".

Pero, se repite, este es resumen del recurrente, pues en su larga exposición sobre este primer cargo, comienza por decir que hubo "violación de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas". Procurará la Corte arreglar y numerar los cargos, como en seguida se verá:

Primero, el Tribunal aplicó una doctrina "demasiado estrecha y formalista" al decir que, de acuerdo con el artículo 1.915 del código civil, los vicios redhibitorios requieren que sean graves, que sean ocultos y que existan al tiempo de la venta, siendo así que, según doctrina de la Corte también puede prosperar la acción rescisoria cuando, al tenor del artículo 1918 del código civil, el vendedor ha debido conocerlos por razón de su profesión u oficio.

Segundo, el vendedor tenía "como una de sus especializaciones la compra y venta de automóviles y manejo y conducción de los mismos y por dedicarse a menudo a la especulación de esas actividades de índole comercial". Ha debido, pues, conocer las condiciones en que se encontraba el vehículo y los vicios ocultos de que adolecía, incurriendo "en negligencia grave de su parte", modalidad que no tuvo en cuenta el Tribunal, y si los conocía y no los declaró, "obró con la más absoluta mala fe".

Tercero, Jaramillo Mora & Cía. hicieron el traspaso del carro a Salcedo diciendo que era un "automóvil de nuestra propiedad" (fls. 2, 3 y 4 del c. 1).

Cuarto, en poder de Jaramillo Mora & Cía., sufrió el automóvil "un grave accidente, que trajo como resultado inevitable todas las reparaciones" de que da cuenta el expediente (fls. 9 a 13 del c. 1), "causa inmediata de la ruptura del chassis, vicio oculto origen de la presente controversia". Tan cierto es ello, que no consta en parte alguna que "en poder de Salcedo le hubieran hecho al mismo automóvil reparaciones tan vitales".

Quinto, según las posiciones del demandado, no hizo éste examinar el vehículo antes de venderlo, como ha debido hacerlo, "por tratarse de un experto en compra y venta de automóviles y en la conducción de los mismos". Y,

Sexto, el Tribunal aplicó indebidamente al caso el artículo 1607 del código civil, que no era pertinente.

En resumen, el Tribunal aplicó solamente el artículo 1915 del código civil, haciendo pesar toda la responsabilidad sobre Salcedo Morales, y no sobre Muñoz, omitiendo dar aplicación al artículo 1918 del mismo Código, "que le era imperativa".

Se considera:

Lo primero que cabe anotar es la falta de precisión del recurrente al presentar este cargo. La Corte entiende que alega la falta de apreciación de algunas pruebas que le son favorables, sobre todo, el no haber considerado la pericia del vendedor en mecánica de automóviles y su oficio de vendedor de tales artefactos y, siendo así, o no reveló, conociéndolos, los vicios ocultos del susodicho automóvil, o no los conoció debiendo conocerlos en razón de su oficio y por ello quebrantó la ley sustantiva (arts. 1.915 y 1.918 del c. c.).

Pero como en realidad este es un desordenado alegato de instancia, en que no se presentan las razones contra el fallo con método y claridad, la Corte las estudiará en la siguiente forma, en busca de un orden lógico: a).—Jaramillo Mora & Cía., eran dueños del vehículo vendido: b).—El vendedor incurre en responsabilidad por no revelar los vicios ocultos de la cosa, que ha debido conocer en razón de su profesión u oficio: c).—El vendedor era perito en mecánica de automóviles y experto vendedor de esos artefactos: d).—El vendedor dió garantía de que el carro estaba en perfectas condiciones de funcionamiento: e).—El automóvil sufrió un accidente en manos de Jaramillo Mora y compañía: y f).— El Tribunal aplicó indebidamente al caso el artículo 1607 del código civil, que no era pertinente.

a).—**La propiedad de Jaramillo Mora & Compañía.**—El recurrente da como prueba de la propiedad del automóvil por parte de Jaramillo Mora y compañía, las notas de traspaso en que dicen han vendido "el automóvil de nuestra propiedad" al señor Jorge Salcedo (fls. 2, 3 y 4 del c. 1º y 26 v., 27 y 32 del c. 4º).

Pero la sociedad dicha explica esa circunstancia diciendo que hizo directamente el traspaso, como si el automóvil fuera suyo, a solicitud de Muñoz, con el objeto de evitar demoras y papeleo en esa gestión (f. 54 del c. 1).

Además, Salcedo expresa lo siguiente en posiciones: "cómo es cierto que la negociación del automóvil Buick, placa 1409 de Bogotá, la adelantó exclusivamente con el señor Alfredo Muñoz V.? Contestó: Es cierto.... Cómo es cierto que no celebró contrato alguno de compraventa con el señor Alfredo Muñoz V., obrando como mandatario o comisionista de Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda.? Contestó: Es cierto. Explico: Muñoz me dijo que el carro se lo había dado Jaramillo Mora & Cía. Ltda., en parte de pago de un trabajo de electricidad y cuando yo le hice la compra la carta de traspaso del carro me la hicieron los Jaramillo, aun cuando el pago lo hice a Muñoz"... "Diga el absolvente, sí o nó, que sabía ser el dueño exclusivo del automóvil Buick, placa 1409 de Bogotá, el señor Alfredo Muñoz V.? Contestó: es cierto que sabía que el dueño era Muñoz y que él hacía poco lo había adquirido de Jaramillo Mora por pago de un trabajo de instalación de luz fluorescente, según palabras de Muñoz" (fls. 5 y v., del c. 3).

Fuera de esta paladina declaración, anota el Tribunal que "el pago se efectuó a Muñoz, sin que para nada hubiera intervenido la Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda. En efecto, tanto el cheque por valor del primer contado de $ 3.000.00 como las letras de cambio se le giraron a Muñoz y él las cobró", como así es en realidad (fls. 28, 29, 45 y 50 v., del c. 1º).

Lo que ocurrió fue que Muñoz le compró el carro a los Jaramillo Mora y Compañía y, sin acabar de pagarlo, se lo vendió a su vez a Salcedo, según las constancias del proceso (fls 33, 41 y 37 del c. 4º).

b).—**La doctrina sobre vicios redhibitorios** es muy clara y sencilla en nuestro código civil: Los vicios redhibitorios tienen que haber existido al tiempo de la venta; ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio; y no haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que **"el comprador no haya podido fácilmente conocerlos, en razón de su profesión u oficio"**. En cuanto al **vendedor**, debe manifestar los vicios si los conoce, e incurre en responsabilidad también si ha **"debido conocerlos por razón de su profesión u oficio"**. De esta suerte, tanto el comprador como el vendedor están equiparados en el conocimiento de los vicios ocultos de la cosa, pues el artículo 1.915 se refiere al comprador y el 1.918 se refiere al vendedor: ambos deben exa-

mirarlo para saber si está en buenas condiciones y puede ser objeto de la compraventa pretendida: ninguno puede reclamar si incurre en negligencia grave al respecto; ni tampoco puede alegar ninguno la rescisión si en razón de su profesión u oficio han debido conocer tales vicios.

Planiol y Ripert advierten que el vicio no es oculto cuando, si bien escapa a la percepción de un comprador inexperto, surge inmediatamente a los ojos de una persona más competente, porque el comprador que conoce su impericia debe acudir a personas competentes, pues si no lo hace, incurre en culpa por haber confiado demasiado en su capacidad. En cuanto a automóviles, trae la jurisprudencia francesa, según la cual es vicio oculto el que no hubiera podido ser descubierto sino "por un perito que efectuase verificaciones o exámenes minuciosos o después de varios miles de kilómetros de circulación", ya que el comprador no está obligado a someter la cosa "a un examen que exija investigaciones científicas especiales" (Tratado práctico de derecho civil francés, tomo 10, número 130, páginas 133 a 135, edición de 1946).

Ahora bien, el Tribunal se refirió solamente a la negligencia del comprador, para decir, en forma que en apariencia excede a la doctrina anteriormente citada, que el negligente fue dicho comprador al no hacer examinar el vehículo, de segunda mano, por un experto, supuesta su confesada ignorancia en la mecánica de esta clase de artefactos. Pero se explica esa omisión del Tribunal, supuesto que no halló pruebas de que el vehículo lo hubiera comprado a una empresa vendedora de automóviles o a un vendedor especializado de automotores y dado que no encontró probado que el vehículo adoleciera de vicio redhibitorio al tiempo de la venta, pues así se deduce del tiempo transcurrido hasta el primer reclamo y del concepto de los peritos que lo examinaron. Además, tal circunstancia (la inexistencia de vicios ocultos del automóvil al tiempo de la venta), surge con nitidez al examinar los demás cargos hechos en este aparte, como se verá en seguida.

c).—**En cuanto al oficio o profesión de Muñoz V.**, no está probado que tuviera "como una de sus especializaciones la compra y venta de automóviles y manejo y conducción de los mismos y por dedicarse a menudo a la especulación en esas actividades de índole comercial", **pues solamente Alfonso Herrán lo conoció como "vendedor de carros de segunda mano"** (f. 20 del c. 4). Lo que está demostrado al respecto es lo siguiente: primero, que el oficio de Muñoz V., es el de trabajar en instalaciones de luz fluorescente, y así lo reconoce el propio demandante en el hecho 3º de su demanda (fls. 44 v. del c. 1º y 8º del mismo); segundo, que tiene pase de "chofer aficionado" (f. 9 v. del c. 4º) que es distinto al pase de chofer mecánico; tercero, que estuvo enseñándole a Salcedo, por diez días, a manejar el automóvil, en los predios de la Ciudad Universitaria (fls. 45 y 51 del c. 1º y 42 del c. 4º), lo que no implica que fuera experto en mecánica de automotores; y cuarto, que Muñoz le compró el susodicho automóvil a Jaramillo Mora y compañía en el mismo mes de octubre (fls. 51 v., y 54 del c. 1º), lo que tampoco implica que sea oficio o profesión suyos la compraventa de automóviles.

El apoderado del demandado declara que éste "vive dedicado al negocio de manufactura e instalaciones de alumbrado fluorescente, el cual constituye su **única actividad profesional**, la que realiza al frente de la empresa **National Fluorescent Lamp** —**Iluminaciones**— O.f 302 Av. Jiménez 8-83, de la cual es propietario y director exclusivo. Desde hace muchos años tiene siempre un automóvil para su servicio particular, el que **acostumbra cambiar con frecuencia**, de modo caprichoso, para reemplazarlo con un modelo o tipo que le gusta más o le parece más ventajoso o conveniente; o cuando se le presenta la oportunidad de venderlo obteniendo algún beneficio **ocasional**, siempre para cambiarlo por otro. Pero no negocia, por sí mismo ni a comisión o como representante de otro, en la compraventa de vehículos automotores. Ni es agente en esta plaza de ninguna (sic) clase de marcas de automóviles o de sus repuestos" (f. 51 v. del c. 1º).

d).—**En cuanto a la garantía especial dada por Muñoz V., a Salcedo**, no está tampoco demostrado que aquél se la hubiera dado a éste.

El propio recurrente lo que alega es lo que sigue:

"El demandado Muñoz V., manifestó en las posiciones absueltas en la primera instancia, haber comprado el mismo automóvil a los señores "Droguería Jaramillo Mora y Cía. Ltda.", en el mes de octubre de 1951, y en ese mismo mes lo dio en venta, haciéndose aparecer como dueño efectivo, al señor Salcedo Morales. El mismo demandado, manifiesta en las posiciones, que es cierto que él no recibió garantía alguna (quiere decir escrita) de la Sociedad vendedora, pero que en

la Droguería, verbalmente le dijeron que el carro estaba bueno y el mismo día de la compraventa ..... lo hizo examinar en la General Motor y allí **le dijeron que ese carro lo habían arreglado allá y que estaba en muy buenas condiciones.** Más adelante y al contestar a la quinta pregunta cuyo tenor literal (sic) es el siguiente:

"Diga el absolvente si es cierto o nó, que él personalmente examinó el vehículo y bajo ese mismo examen lo vendió al señor Salcedo Morales, sin haberlo llevado al tiempo de la venta a éste a taller de mecánica alguno de esta ciudad de Bogotá, para su minuciosa revisión", contestó: "No es cierto como se me pregunta y explico: **personalmente no hice el examen del carro,** sino que, como ya lo dije lo llevé a la General Motor en donde sin **examen me dijeron que como allí lo conocían me podían decir que estaba en buenas condiciones.**—Al venderlo a Salcedo el mentado carro lo hice bajo sobre (sic) esa información..." (fl. 8 del c. 6 y subraya la Corte).

Estas alegaciones del propio recurrente permiten concluir con seguridad que no existió la garantía especial del vendedor que se invoca.

e).—Que el automóvil sufrió un accidente en poder de Jaramillo Mora y compañía, "grave accidente que trajo como resultado inevitable todas las reparaciones" de que da cuenta el proceso, accidente "que fue la causa inmediata de la ruptura del chassis, vicio oculto origen de la presente controversia", apuntadas a los folios 9 a 13 y 23 y siguientes del cuaderno 1º, es circunstancia que no está probada. Al contrario, la desmiente en forma terminante el concepto de peritos, que expresa en lo pertinente:

"b).—Las reparaciones pagadas por **Droguería** Jaramillo Mora y Co. Ltda., y de que tratan los folios 10, 11, 12 y 13 del cuaderno principal del expediente y que se extienden del 8 de febrero de 1951 al 30 de marzo del mismo año, **no establecen que hayan sido causadas por la ruptura del chassis del respectivo automóvil** .....c).—Las reparaciones ordenadas y pagadas por el señor Jorge Salcedo Morales, recaída (sic) sobre el mismo vehículo y de las cuales se da cuenta en el expediente, **tampoco pueden considerarse como consecuencia de la ruptura del chasis en la forma y sitio ya expresados** .....c). Una persona necesita vastos conocimientos y larga experiencia en materia automovilística para poder apreciar una ruptura del chasis de un automóvil sin examinar o revisar el respectivo chassis .....d).—No puede viajar un carro con el chassis roto a Honda sin que sufra graves alteraciones y aún se vare por las razones ya dichas .....5º).—**No podemos establecer ciertamente que el chassis del vehículo sometido a nuestro examen estuviera roto entre el 19 de octubre y el 22 del mismo mes** de 1951 .....7º).—**No se puede establecer la antigüedad de una ruptura de la naturaleza del caso presente"** (fls. 45 y v. del c. 4º y subraya la Corte).

El Tribunal anota que esta prueba de los daños que tenía el automóvil se pidió o practicó casi al año de celebrado el contrato de compraventa del vehículo y que "el primer reclamo que el demandante hizo al demandado sobre ruptura del chassis del automóvil, en lo cual se hace consistir el vicio redhibitorio, se le hizo en la carta del 24 de enero de 1952.... Transcurrieron, pues, tres meses sin que el comprador hubiera efectuado ningún reclamo al vendedor".

De acuerdo con lo anterior, el opositor alega, fuera de otras observaciones, a este cargo:

Que según las declaraciones de Ignacio Roa, Jorge Humberto Medina, Joaquín Zambrano, Leonidas Cabrera y Alberto Villaneda Soto (fls. 4, 6, 9 v., 10 y 11 del c. 2), el vehículo viajó en diversas ocasiones inmediatas a la compra por parte de Salcedo, a las poblaciones de Honda y de Girardot, sin inconveniente alguno. Y que, según el dictamen pericial citado por el Tribunal, un carro con el chassis roto no puede viajar "sin graves alteraciones y aún se vare".

Que si el daño se alega el 24 de enero de 1952, o sea, a los tres meses de recibido el automóvil, no existía ese daño al tiempo de la venta, porque, según afirman los peritos, "un automóvil con el chassis roto, en servicio permanente, conservaría por muy poco tiempo ajustada su carrocería y estables las piezas del motor".

Y que el daño mencionado no aparece comprobado ni "en la reparación y revisión de fecha 8 de febrero de 1952 (f. 25 del c. 1), en la cual se ordenó, incluso, un 'retoque de pintura'".

Y, f).—Sobre la aplicación indebida del artículo 1607 del código civil, nada tiene que observar la Corte, pues el Tribunal lo que anota es que el contrato se celebró entre el 15 y el 23 de octubre de 1951; que el vicio redhibitorio debe existir al tiempo de la venta; y que desde que se perfecciona la venta, la cosa queda a riesgo del comprador, según el artículo 1607 citado.

Lo más que podría decirse sería que la cita sobra en vista de que el automóvil fue entregado en octubre del citado año al comprador.

En resumen y conclusión, si el vendedor no tenía como profesión u oficio el de negociar auto-

móviles ni el comprador conocía la técnica mecánica de automotores, tuvo razón el Tribunal al expresar que la negligencia fue de éste, al no hacer revisar la cosa comprada por un experto, para saber el estado del vehículo.

Estas razones son suficientes para concluir que el cargo alegado no puede aceptarse y, por consiguiente, debe desecharse.

Segundo cargo.—El Tribunal —dice el recurrente— incurrió en los siguientes errores manifiestos de hecho:

a).—Que el vendedor no tenía obligación alguna por razón de su profesión u oficio de conocer y manifestar los vicios ocultos de la cosa vendida.

b).—Que el comprador incurrió en negligencia grave al no hacer examinar el vehículo.

c).—Que la garantía de Muñoz para Salcedo fue la de la inexistencia de vicios redhibitorios.

d).—Que el vicio oculto, consistente en la ruptura del chassis, no está evidenciado en su existencia con anterioridad a la fecha de la entrega del carro.

Y, e).—Que los señores Jaramillo Mora y compañía no eran los dueños del automóvil.

Con estos errores quebrantó el Tribunal el artículo 207 del código judicial, por no haber estimado los documentos presentados con la demanda; el 661 y el 664, por no haber estimado la presunción que se desprende de esos documentos y de las conclusiones de los peritos; el 722, por haber desestimado las mentadas conclusiones de los peritos; el 604, el 605, el 606 y el 609, porque no tuvo en cuenta la confesión del demandado. Y violó los artículos 1.915 del código civil, por haberlo aplicado indebidamente al caso de autos, y el 1.918, por no haberlo aplicado como era imperativo.

Se considera:

Como se ve, este cargo es, al fin y al cabo, el mismo anterior y apenas cabe observar:

a).—Ya está dicho que no hay prueba de que el vendedor tuviera como profesión u oficio la de vender automóviles ni fuera técnico en mecánica de vehículos.

b).—Sobre la manifestación del Tribunal de que, habiendo declarado el comprador que no conocía la técnica de los automóviles, ha debido hacerlo examinar por expertos, ya está expresada la doctrina sobre el particular y su incidencia sobre el caso que se estudia.

c).—No está demostrado que Muñoz hubiera dado una garantía absoluta sobre las condiciones del automóvil que vendía, como ya se dijo también. Se añade o se repite ahora que en la contestación de la demanda niega dicha circunstancia (f. 50 v. del c. 1).

d).—Se expresó igualmente que el vicio oculto de la ruptura del chassis y existente al tiempo de la venta, no está probado.

e).—En fin, que los señores Jaramillo Mora y compañía no eran los dueños del automóvil, también se manifestó lo que era del caso.

El cargo, debe, pues, desecharse.

Tercer cargo.—Este cargo es el de los que el recurrente denomina errores de derecho, que se relatan suscintamente así:

a).—El Tribunal dió a la confesión del demandado valor distinto al que la ley le asigna (arts. 605, 606 y 609 del c. j.), en cuanto éste le dió una plena garantía al demandante sobre el buen estado del vehículo y en cuanto admitió la compra que dizque Muñoz les hizo a los señores Jaramillo Mora y compañía.

b).—El Tribunal erró al no admitir la confesión del hecho de ser el demandante experto "en todos los menesteres relacionados con las actividades automovilísticas".

c).—El Tribunal erró, quebrantando el artículo 647 del código judicial, al no darle valor a los documentos que se presentaron con la demanda (fls. 2 a 5 del c. 1).

d).—El Tribunal erró, violando el artículo 722 del código judicial, al no admitir como plena prueba el dictamen de los peritos, sobre todo, la conclusión del numeral 4º (f. 45 v. del c. 4). Y,

e).—El Tribunal erró, violando el artículo 661 del código judicial, al asignarle un valor distinto del que la ley les señala a los documentos acompañados con la demanda (fls. 9 a 13 del c. 1), sobre la existencia del daño al momento de la compraventa, y erró también, violando el artículo 722 del código judicial, al no aceptar el dictamen pericial sobre la gravedad del daño (ordinal ch.) y d) de las conclusiones de los peritos, f. 45 del c. 4).

Por todo esto, el Tribunal "quebrantó de manera indirecta los artículos 1.915 y 1.918 del Código Civil por haber aplicado indebidamente el primero como consecuencia de interpretación errónea de las pruebas, y por haber dejado de aplicar el segundo, que era de extricta (sic) aplicación" (f. 12 v. del C. de la Corte).

Sobre lo anterior apenas cabe observar: que no

existen los errores de derecho alegados; que la invocada interpretación errada de la ley es consecuencia de la que considera errada intrepretación de las pruebas; y que todos los hechos, de influencia en la decisión, apuntados en este aparte, ya fueron analizados en anteriores capítulos.

De esta suerte, el cargo anotado también debe desecharse.

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 recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

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

Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro L., Secretario.

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE SUS HIJOS MENORES. — SI AL PADRE SE PRESUME RESPONSABLE CUANDO EJERCE LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DEL ARTICULO 2347 DEL CODIGO CIVIL, NADA IMPIDE QUE CONFORME A LA NORMA COMUN DEL ARTICULO 2341 IBIDEM SE PRUEBE LA CULPA DE LA MADRE EN LA VIGILANCIA DEL HIJO, PARA QUE SE DEMUESTRE SU PROPIA RESPONSABILIDAD

1.—**Tradicionalmente se entiende que la presunción de responsabilidad del padre o la madre por el hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa (Art. 2347 del C. C.) es anexa a los atributos y cuidados sobre la persona del hijo que la patria potestad confiere y prescribe, al padre, y a falta de éste por cualquiera causa legal, a la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias, por lo que atañe a la filiación legítima.**

La presunción de responsabilidad por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa, depende por entero del ejercicio de la patria potestad sobre tales hijos, y no de la forma como en concreto esté organizado el régimen de bienes entre los cónyuges. Se trata en efecto de saber quién ejerce aquellos atributos, y no de determinar si la mujer casada ha salido de la condición de alieni juris, para convertirse en persona plenamente capaz.

2.—**La culpa por defecto de vigilancia de la prole es por lo general imputable de la misma manera a quien la haya cometido, sea la madre o el padre, si redunda en daño de tercera persona. Lo que significa que si el padre se presume responsable cuando ejerce la patria potestad en el caso del artículo 2347, nada impide que conforme a la norma común del artículo 2341 se pruebe la culpa de la madre en la vigilancia del hijo, para que se demuestre su propia responsabilidad, como persona capacitada plenamente en los términos de la Ley 28 de 1932. La cuestión varía de aspecto, aunque es conducente al mismo fin jurídico de reparar el daño originado en culpa, presunta o probada, según el caso. No es ya propiamente la responsabilidad predicada por el hecho de otra persona, cuando la presunción no opera, sino más bien el deber de indemnizar por consecuencia de la propia culpa IN VIGILANDO en que hubiese incurrido la madre que no ejerce la patria potestad. Se le prueba entonces el incumplimiento del deber que le impone el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, y por ello queda en la necesidad legal de reparar el perjuicio.**

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

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

A eso de las once y media de la mañana del 22 de junio de 1951, en la huerta de su casa paterna, el impúber Aníbal Enrique Mosquera Caicedo, de 11 años de edad e hijo legítimo de Enrique Mosquera Wallis y María Josefa Caicedo de Mosquera Wallis, reunió a numerosos compañeros para dedicarse al juego denominado de "Los Tipos", u otra entretención semejante, que imitara escenas de aventuras, vaquería, bandolerismo o cosas de esa laya. En cierto momento se dirigió al interior de su casa para proveerse de revólver, y como jefe asumió castigar por traición a uno de los de su bando. Otro quiso libertarlo, y para impedir la maniobra, Aníbal Enrique disparó el arma, de que resultó herido Fernando Gamboa o Montealegre, quien, por esa causa, vino a fallecer el 11 de diciembre del mismo año, después de sufrir las consecuencias de la parálisis instantánea que le produjo la herida, por sección de la medula espinal a la altura de una de las vértebras cervicales. La misma bala alcanzó a herir a Isaac Menajed.

Leonor Gamboa, en su condición de madre natural de Fernando Gamboa, inició el presente proceso, mediante demanda en que ha hecho las siguientes súplicas:

"**Primera.**—La sociedad conyugal formada por el doctor Enrique Antonio Mosquera Wallis y doña María Josefa Caicedo de Mosquera W., domiciliados en esta ciudad (Popayán), es civilmente responsable de la muerte del menor Fernando Gamboa, natural y vecino de este lugar, hijo natural de Leonor Gamboa, muerto a la edad de trece años en esta ciudad en la mañana del 11 de diciembre pasado, a consecuencia de una herida ocasionada con arma de fuego y que le propinó el menor Aníbal Enrique Mosquera Caicedo.

"**Segunda.** Como consecuencia de la declaración anterior, la sociedad conyugal constituida por el doctor Enrique Antonio Mosquera Wallis y doña María Josefa Caicedo de Mosquera W., o quienes sus derechos represente, pagará una vez ejecutoriada la sentencia, a la señora Leonor Gamboa, mayor de edad y de este vecindario, o también a quien sus derechos represente legalmente, en su calidad de madre del menor Fernando Gamboa; muerto trágicamente por culpa de quienes forman la sociedad conyugal ameritada, la suma de cien mil pesos ($ 10.000.00) m/c., en que se estiman los perjuicios materiales causados por tal muerte, o la suma que se fije por peritos.

"**Tercera.** — Igualmente la sociedad conyugal Mosquera Wallis-Caicedo, pagará una vez ejecutoriada la sentencia, a la demandante Leonor Gamboa, mayor de edad y de este vecindario, madre del menor Fernando Gamboa muerto trágicamente por culpa de la dicha sociedad conyugal, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) m/c., en que se estiman los perjuicios morales sufridos por la demandante por la muerte de su hijo.

"**Cuarta.**—La sociedad conyugal Mosquera Wallis-Caicedo pagará las costas y expensas del presente juicio, si se opone temerariamente a las declaraciones solicitadas.

"**Quinta.**—Para el caso de que no se fije monto de la indemnización dentro del juicio, pido se decrete su fijación mediante el procedimiento sumario indicando por el artículo 553 del Código Judicial.

"Para la 1ª, 2ª, 3ª y 4ª peticiones anteriores, formulo las siguientes **declaraciones subsidiarias**:

"a) El doctor Enrique Antonio Mosquera-Wallis y su señora esposa doña María Josefa Caicedo de Mosquera W., mayores de edad y vecinos de este Municipio, conjunta o separadamente son civilmente responsables de la muerte trágica del niño Fernando Gamboa, ocasionada por un disparo de revólver que el día viernes 22 de junio pasado (1951), un hijo suyo de nombre Aníbal Enrique le hizo en la huerta de la casa de los esposos citados, por falta de previsión de ellos, en el momento en que con otros niños jugaba a "Los Tipos".

"b) Como consecuencia de la declaración anterior, el doctor Enrique Antonio Mosquera Wallis y su señora esposa, doña María Josefa Caicedo de Mosquera W., conjunta o separadamente, pagarán una vez ejecutoriada la sentencia, a la señora Leonor Gamboa, mujer, mayor de edad y de esta vecindad, madre del menor fallecido trágicamente de nombre Fernando Gamboa, o a quien sus derechos represente legalmente, la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) m/c., en forma proporcional, por la culpa que pesa contra ellos por la muerte del menor citado, suma ésta en que se estiman los perjuicios materiales por la dicha muerte, o la suma que se fije por peritos.

"c) Igualmente el doctor Enrique Mosquera Wallis y su señora esposa doña María Josefa Caicedo, pagarán, conjunta o separadamente, en forma proporcional, una vez ejecutoriada la sentencia, a la demandante Leonor Camboa, madre del menor fallecido trágicamente por el disparo de revólver que le hizo su hijo Aníbal Enrique M. Caicedo, por la culpa que les cabe por tales hechos, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000 m./c.), suma en que se estiman los perjuicios morales.

"d) El doctor Enrique Antonio Mosquera Wallis y su señora esposa, doña María Josefa Caicedo de Mosquera W., conjunta o separadamente y en forma proporcional, pagarán las costas y expensas del presente juicio si se oponen temerariamente a las declaraciones solicitadas".

Concluyó la primera instancia con fallo proferido el 19 de septiembre de 1952, en que el Juez 1º Civil del Circuito de Popayán encontró probada "la excepción perentoria del juicio de petición de modo indebido, "con costas a cargo de la parte demandante.

Por apelación de ambas partes, subió el asunto al Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, quien decidió en 29 de septiembre de 1954 en el sentido de absolver a los demandados, por improcedencia de la acción a virtud de no haberse "acreditado la legitimación en causa de la entidad o personas señaladas en el libelo como sujetos pasivos de la relación jurídica sustancial".

Corresponde ahora a la Corte conocer del re-

curso de casación interpuesto por la parte demandante.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial se proponen tres cargos. Y puesto que el primero está fundado, no es el caso de considerar los restantes (Artículos 538 ibidem).

Consiste en errada interpretación del artículo 2347 del Código Civil, y dice la demanda:

"La interpretación y aplicación de este artículo ha debido hacerse en relación con el artículo 253 del Código Civil y artículos 1º y 2º de la Ley 28 de 1932.

"El Tribunal, al comentar el artículo 2347 del Código Civil considera y lo afirma reiteradamente en el fallo que solamente el padre y a falta de éste la madre es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa, para efecto de indemnizar el daño. Estima erradamente esa responsabilidad como una consecuencia de la patria potestad y autoridad paterna.

"Así lo expresa claramente en la parte del fallo que a continuación se copia:

'De conformidad con la norma legal que se viene estudiando y cuya invocación se ha hecho para el caso de estudio, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la obligación que tienen los padres de educar a los hijos y vigilarlos en forma constante para evitar que causen daños (Artículos 2348, 250 y ss. del Código Civil), y esta responsabilidad es una consecuencia de la autoridad paterna y de la patria potestad, que imponen aquéllos deberes. Y debe estimarse como negligente la conducta de los padres, si a pesar de tan vastas atribuciones como las que conceden las disposiciones legales en mención, desatienden esas obligaciones de vigilancia y educación. Pero es lo cierto que esa responsabilidad recae, en primer término, sobre el padre, porque a él están especialmente sometidas (Artículo 250 ibidem), y también por cuanto los derechos de la patria potestad respecto de los hijos legítimos los ejerce el padre y a falta de éste por cualquier causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase de otras nupcias. De lo anterior se desprende que no presentándose los casos legales en los cuales corresponda a la madre el cuidado personal de los hijos menores, la responsabilidad de los delitos o culpas cometidos por aquéllos siempre recaerá sobre el padre aunque en el hecho sea la madre quien atienda al cuidado personal de los hijos....'.

"En otra parte del mismo fallo dice:

'El fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro, tiene aspectos, motivaciones y condiciones específicas en cada uno de los supuestos contemplados en el Código Civil. Aunque se ha notado que en rigor la responsabilidad por el hecho de los hijos menores debería recaer sobre el padre y la madre, ya que la experiencia señala que el cuidado y atención de los niños queda comúnmente a cargo de esta última, sin embargo el legislador da la preeminencia al padre por razón de la patria potestad y la autoridad paterna que la ley le confiere, en virtud de lo cual se presume que ejerce esos poderes en relación con los hijos que conviven con él y que sólo a falta de dicho padre la responsabilidad recae sobre la madre, como antes se explicará con amplitud al hacer el comento del artículo 2347 del Código Civil...'.

"Todo el razonamiento anterior —continúa el recurrente— lo hace el Tribunal para sacar la conclusión de que careciendo de responsabilidad la madre por existir el padre, no proceden las declaraciones impetradas contra éstos, ni conjunta y separadamente (sic) considerados, por falta de legitimación en causa.

"Dice el Tribunal en el párrafo antes trascrito que en rigor la responsabilidad por el hecho de los hijos menores debería recaer sobre el padre y la madre, **ya que la experiencia señala** que el cuidado y atención de los niños queda comúnmente a cargo de esta última. No es solamente que la experiencia lo señale, es que la ley les impone tanto al padre como a la madre el cuidado personal y educación de sus hijos legítimos. Así lo manda expresamente el artículo 253 del Código Civil cuando dice: 'Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos'.

"De manera que si la ley impone también la obligación de cuidar a los hijos a la madre, no quedará ésta exenta de responsabilidad indemnizatoria ahora cuando la ley la ha facultado para administrar sus bienes en virtud del nuevo régimen patrimonial en el matrimonio y que es responsable de las deudas que personalmente contrae. Hoy la madre o la mujer casada tiene capacidad para responder no sólo de sus propias acciones, para efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Ya hemos visto que según el artículo 253 del Código Civil también la madre tiene el cuidado

de sus hijos legítimos, luego es responsable del hecho de éstos que están a su cuidado por la capacidad civil y legal que le otorgó la Ley 28 de 1932.

"El fundamento de la responsabilidad que el artículo 2347 hacía recaer preferentemente sobre el padre no se encuentra, como dice el Tribunal, en razón de la patria potestad y de la autoridad paterna, sino en función del régimen patrimonial que el mismo Código establecía. Como la mujer casada en el régimen del Código Civil era incapaz y los bienes tanto de ésta como de la sociedad conyugal las administraba el marido, era apenas natural que el Código le señalara a éste la obligación indemnizatoria por el daño causado por los hijos menores. Todos los gastos que éstos ocasionaban eran de cargo de la sociedad conyugal. Así lo disponían los artículos 257 y 1706 del Código Civil. El marido, como administrador de la sociedad conyugal, atendía a esos gastos y entonces era lógico que en ese régimen existente entonces lo hiciera responsable civilmente del hecho de los hijos menores".

Y termina así:

"El nuevo régimen patrimonial de la Ley 28 de 1932 vino a cambiar todas esas situaciones. Le dió capacidad plena a la mujer casada. Le dejó la libre administración y disposición de bienes. La hizo responsable de las deudas y obligaciones que contraiga y cambió tan fundamentalmente el régimen del Código, que hoy todavía, veintitrés años después de su vigencia, no ha sido posible determinar con precisión todas las disposiciones del Código que fueron modificadas. Entre éstas debe considerarse reformada o modificada la del artículo 2347 porque al otorgar plena capacidad a la mujer casada y hacerla responsable de las deudas y obligaciones que adquiera y de atender proporcionalmente a los gastos que ocasionen los hijos, debe entenderse que tiene también responsabilidad en el hecho de éstos, que están bajo su cuidado, para el efecto de indemnizar el daño".

Se considera:

El principio general acerca de la responsabilidad común por el hecho ilícito se encuentra en el artículo 2341 del Código Civil, que obliga a la indemnización del daño causado por un delito o culpa. Es de orden público primario no dañar a otro, pero para que surja en derecho la necesidad de reparar el perjuicio, se requiere que obedezca a error de conducta imputable a quien por ello se encuentre obligado a la reparación. De donde aparecen los tres elementos básicos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que, en principio, el demandante debe probar como fundamento de su acción: culpa, daño, y que la primera sea causa eficiente del segundo.

Tocante a la prueba de la culpa, es de otro modo cuando el sistema legal protege a la víctima por medio de presunciones de responsabilidad. Tal sucede con el deber de indemnizar el daño causado por el hecho de quienes se encuentren al cuidado del responsable por su guarda y vigilancia, en las hipótesis previstas por el artículo 2347 ibidem.

"Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa". "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". (Inciso 2º y fe).

O sea, que la víctima está amparada con la presunción legal de responsabilidad, que arroja a cargo del demandado la prueba de no haber podido impedir el hecho, a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe. Esto es, que para quedar exento de responsabilidad debe probar, por lo menos, la ausencia de culpa.

Tradicionalmente se entiende que esta presunción de responsabilidad es anexa a los atributos, y cuidados sobre la persona del hijo que la patria potestad confiere y prescribe, al padre, y a falta de éste por cualquiera causa legal, a la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias, por lo que atañe a la filiación legítima.

No es en derecho moderno la patria potestad una serie de poderes egoístas, creados en beneficio exclusivo del padre. Antes bien, consiste en el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone (Artículo 13, Ley 45 de 1936). Está interesado el bien común en que el jefe de la familia posea la capacidad jurídica de ejercicio en representación de sus hijos no emancipados, y en que cuente con los medios que en derecho le permitan cumplir la misión trascendental que le incumbe en orden a la crianza, educación y establecimiento de los hijos, de lo cual depende por esencia la salud de los pueblos y su

progreso en todos los campos de la cultura humana, o su definitiva decadencia.

Si la capacidad de los hijos se refleja legalmente en quien ejerce los atributos y se encuentra obligado a cumplir los deberes que comporta la jefatura de la familia, se sigue como clara consecuencia que la presunción de responsabilidad por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa, depende por entero del ejercicio de la patria potestad sobre tales hijos, y no de la forma como en concreto esté organizado el régimen de bienes entre los cónyuges. Se trata, en efecto, de saber quién ejerce aquellos atributos, y no de determinar si la mujer casada ha salido de la condición de **alieni juris**, para convertirse en persona plenamente capaz.

No es menos cierto, sin embargo, que "toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos". (Artículo 253); y que, por lo tanto, la culpa por defecto de vigilancia de la prole es por lo general imputable de la misma manera a quien la haya cometido, sea la madre o el padre, si redunda en daño de tercera persona. Pero esto apenas significa que si el padre se presume responsable cuando ejerce la patria potestad en el caso del artículo 2347, nada impide que conforme a la norma común del artículo 2341 se pruebe la culpa de la madre en la vigilancia del hijo, para que se demuestre su propia responsabilidad, como persona capacitada plenamente en los términos de la Ley 28 de 1932. La cuestión varía de aspecto, aunque es conducente al mismo fin jurídico de reparar el daño originado en culpa, presunta o probada, según el caso. No es ya propiamente la responsabilidad predicada por el hecho de otra persona, cuando la presunción no opera, sino más bien el deber de indemnizar por consecuencia de la propia culpa **in vigilando** en que hubiese incurrido la madre que no ejerce la patria potestad. Se le prueba entonces el incumplimiento del deber que le impone el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, y por ello queda en la necesidad legal de reparar el perjuicio. (V. H. y L. Mazeaud. Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle.— T. I, pág. 762.— 2ª E. 1938).

Bien ha sido que para ambos padres existe siempre la obligación de atender a la vigilancia constante y solícita de la conducta de sus hijos, y de dirigir del mismo modo su educación, para proveer a la sociedad de hombres de bien y ciudadanos correctos. Más que nunca hoy, cuando las circunstancias de la vida actual son de aquellas que avivan poderosamente la imaginación del niño y lo atraen en forma antes inusitada a campos de peligro que no armonizan con la conveniencia general, ni con las tradiciones hogareñas. En razón de la naturaleza misma de las cosas, la vigilancia de los padres, en lugar de perder su importancia, se hace cada día más exigente, y más estricta todavía viene a ser la responsabilidad que les incumbe en la esmerada vigilancia de la conducta de sus hijos menores de edad. Radica allí uno de los principales soportes del bienestar, tanto público como privado.

Por sentencia del 22 de octubre de 1951, el Juzgado de Menores de Popayán declaró al menor Aníbal Enrique Mosquera responsable del doble delito de lesiones personales, cometido contra los niños Fernando Gamboa o Montealegre e Isaac Manjed. Se le otorgó la **libertad vigilada** a que se refiere el numeral 3º, artículo 25 de la Ley 83 de 1946, por el término de dos años, y fue confiado a su propia familia, especialmente a su padre, mediante caución de $ 500, para garantizar "el cumplimiento de las siguientes obligaciones: vigilar y controlar convenientemente a su hijo Enrique Aníbal y terminar su educación; para dar aviso al Juzgado cada tres meses, sobre la conducta del menor; para dar aviso al Juzgado cuando sea el caso de cambiar de domicilio, y para que el menor no tenga a su alcance armas de fuego u otros objetos similares, con los cuales pueda ocasionar daños a las personas".

No hablan los presentes autos de que Aníbal Enrique Mosquera Caicedo se levantara en medio de circunstancias que le impidieran la correcta formación de su personalidad. Por el contrario, está en claro que nació en el seno de un hogar cristiano y de padres abonados por certificaciones notoriamente fidedignas, puesto que emanan de altas autoridades eclesiásticas, entre ellas el excelentísimo señor Arzobispo de Popayán, quienes dan testimonio sobre las cualidades y virtudes del hogar constituido por los esposos Mosquera Wills y Caicedo.

Todo ello es cierto y aparece al margen del debate judicial. Se busca sencillamente esclarecer si el hecho mismo de que el impúber Aníbal Enrique Mosquera Caicedo portara arma de fuego en el recinto de la casa paterna y a plena luz meridiana del 22 de junio de 1951, en que jugaba con numerosos compañeros en la huerta de su propia residencia es o no suficiente para revelar adecuada vigilancia de la conducta del hijo, o

bien el olvido de ese deber fundamental en las circunstancias anotadas.

No aparece que la madre se hiciera presente para observar el juego a que se dedicaron los pequeños escolares, ni que en forma alguna los inspeccionara. Hubo de su parte notoria omisión culpable en la vigilancia a que estaba obligada, y si el hecho funesto se produjo, existe razón fundamental para entender que la vigilancia materna habría poseído virtualidad suficiente para evitar el lance. Cuanto al padre, no se encuentra en manera alguna destruída la presunción de responsabilidad que le atribuye el artículo 2347 del Código Civil. Es obvio que habría podido impedir el hecho mediante su autoridad, si se contemplaba un hijo bueno y de corta edad, y más que todo si hubiese existido el cuidado de no dejar el arma de fuego al alcance de la mano del impúber, como lo demuestra la facilidad con que Aníbal Enrique trajo el revólver del interior de su casa al teatro de los acontecimientos.

La sociedad conyugal carece de existencia como persona jurídica, y por ello el sentenciador está en lo cierto al desestimar las súplicas principales de la demanda, por falta de legitimación en causa. Pero no sucede lo mismo con cada uno de los cónyuges: están legitimados para responder de la demanda por indemnización del daño producido como consecuencia inmediata y directa del hecho consumado por su hijo impúber en la propia casa paterna. Al jefe de la familia lo presume responsable el artículo 2347 del Código Civil, y la responsabilidad común por **culpa in vigilando** de la madre, se desprende del artículo 2341 ibidem, por las razones ya expresadas. Son, pues, las personas contra las cuales el derecho objetivo concede la acción indemnizatoria, de suerte que aparecen legítimadas en causa por lo que respecta a las súplicas subsidiarias del libelo, y queda sin apoyo la resolución del Tribunal en sentido contrario, que la Corte encuentra inexplicable.

Si, en cuanto mira a la obligación de indemnizar, es ostensible el perjuicio moral subjetivo, puesto que se presume el dolor de la madre por la muerte del hijo, no sucede del mismo modo en lo que respecta a los daños materiales, cuya existencia no aparece acreditada.

Falta la demostración del menoscabo patrimonial cierto que experimentara Leonor Gamboa por la pérdida de su hijo Fernando. Hay elementos de juicio para colegir que se trataba de un buen muchacho, aprovechado en sus estudios primarios y que quizás hubiera alcanzado algunos éxitos en el porvenir, o que llegara a ser acaso el apoyo de su madre, a quien diera socorros, cuidados y atenciones especiales. Pero estas consideraciones u otras análogas serían conducentes a corroborar el sufrimiento de la madre, más penoso aún por las circunstancias del hecho deplorable, pero no son idóneas para demostrar el perjuicio material cierto: se contemplan meras expectativas, bien fundadas siempre en los sentimientos del corazón maternal, pero incomprobables en la realidad, por depender en absoluto de eventos futuros e inciertos, susceptibles de frustración por causas innumerables.

Por otra parte, se encuentra que Mosquera Wallis tomó a su cargo los costos de hospitalización de la víctima, y que los gastos del sepelio fueron cubiertos, no por la madre de Fernando, sino por Jorge Montealegre. No está acreditado tampoco en forma cierta la existencia de perjuicios morales objetivados, y por ello la indemnización debe limitarse a la cantidad de $ 2.000.00, según lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, por concepto del daño moral subjetivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 29 de septiembre de 1954 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, revoca la de primera instancia y, en reemplazo,

Resuelve:

1º—Enrique Antonio Mosquera Wallis y María Josefa Caicedo de Mosquera Wallis, casados entre sí, mayores de edad y vecinos de Popayán, son responsables civilmente, como padres del impúber Aníbal Enrique Mosquera Caicedo, del perjuicio moral subjetivo causado a Leonor Gamboa por muerte de su hijo Fernando Gamboa.

2º—En consecuencia, los citados Enrique Antonio Mosquera Wallis y María Josefa Caicedo de Mosquera Wallis pagarán a Leonor Gamboa, por iguales partes, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, seis días después de dictado el auto en que el juez ordene el cumplimiento de lo resuelto por el Superior.

3º—Se absuelve a los demandados de las demás súplicas del libelo.

4º—Sin costas en las instancias ni en casación.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez. — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EJECUCION DE SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS. — SISTEMA DE LA RECIPROCIDAD DIPLOMATICA Y LEGISLATIVA. — PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

2.—En lo tocante a la ejecución de sentencias extranjeras, nuestra ley en los artículos 555 y 556 del C. J., ha seguido el sistema de la reciprocidad diplomática combinado con el de la reciprocidad legislativa. De tal suerte que en primer lugar, se atiende a las estipulaciones de los tratados que tenga celebrados Colombia con el Estado de cuyos tribunales emane la sentencia que se pretende ejecutar en el país. Y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia.

2.—No existiendo derecho convencional con el Estado en donde se haya proferido la sentencia que se pretende ejecutar en Colombia, la Corte debe examinar en cada caso, si procede la aplicación de la reciprocidad legislativa, para lo cual ha de traerse por el interesado la prueba de la ley extranjera en lo pertinente, o sea, en cuanto a la fuerza que en aquel Estado se otorgue a los fallos de los tribunales colombianos. Sin la demostración de la vigencia o existencia de la respectiva ley, no puede aplicarse por la Corte la norma supletoria sobre reciprocidad legislativa.

3.—De acuerdo con el sistema consagrado en la norma del artículo 659 del C. J., la ley extranjera aplicable en Colombia, se debe acreditar como HECHO, en cada caso, ante los tribunales colombianos, por los medios legales allí establecidos. De consiguiente, la carga de la prueba de la ley extranjera incumbe a quien alega su vigencia o existencia como fundamento de su derecho, o sea, a quien de tal ley derive una acción o una excepción. Y como es obvio, el tribunal no puede decretar oficiosamente la práctica de tal prueba, y si no se acredita la vigencia o existencia de la ley extranjera por quien la invoca en su favor, el juez no puede aplicarla por sus investigaciones y conocimientos personales.

4.—Jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Sala ha establecido que para la aplicación del principio de reciprocidad legislativa en cuanto a la ejecución en Colombia de sentencias de tribunales pertenecientes a otros Estados, debe aducirse ante la Corte por el solicitante del EXEQUATUR, la prueba de la vigencia de la ley extranjera en la procedente, según lo dicho atrás, por uno de los medios consagrados en la norma ya citada, o sea: 1º Con copia debidamente autenticada de la respectiva ley extranjera que acoja la reciprocidad en la materia; 2º Con el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país en donde haya sido expedida la ley correspondiente (Casación, junio 6 de 1945, LIX, 129; junio 7 de 1952, LXXII, 330 y 331, julio 14 de 1953, LXXV, 614 y 615).

5.—Relacionando el artículo 659 del C. J. con el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, resulta que si la prueba de la ley extranjera consiste en COPIA DEBIDAMENTE AUTENTICADA DE LA RESPECTIVA LEY, constituyendo la copia o certificación correspondiente un instrumento público extendido en país extranjero para hacer uso de él en Colombia, el documento debe expedirse por funcionario competente del lugar de origen y con las formalidades legales allí prescritas. Al hallarse autenticada la copia o certificación por el respectivo agente consular o diplomático colombiano, o por el de una nación amiga, se presumirá (presunción JURIS TANTUM) que el documento se ha otorgado con las leyes del lugar de su expedición: LOCUS REGIT ACTUM.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete (27) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

Bosco Cimini, domiciliado en Roma (Italia), por medio de apoderado legalmente constituído, pidió a la Corte que, previa citación del señor Procurador General de la Nación y de la demandada Rosa Quijano de Cárdenas, mayor y vecina de Bogotá, se declare que deben cumplirse en Colombia las sentencias del Tribunal Civil de Roma, Sala II, de 21 de diciembre de 1981, y de la Corte de Apelación de Roma, Sala Civil, de 27 de diciembre de 1939, dictadas en la causa comercial seguida por el peticionario contra dicha señora y contra Cecilia Quijano de Echeverry.

A la solicitud se acompañaron los siguientes documentos:

a)—Copia de las sentencias de primera y segunda instancia cuya ejecución se impetra, debidamente legalizadas, y traducción oficial de dichos documentos;

b)—Nota del 13, 8, 48, dirigida por el Ministro de Italia en Bogotá, al abogado Leopoldo Uprimny, en que se le comunica el envío de una copia de disposiciones actualmente vigentes en Italia, en materia civil, comunicación legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y con la correspondiente traducción oficial;

c)—Copia en italiano del Código de Procedimiento Civil, Decreto 28, 10, 1940, N. 14, 43. Título VII, de la Eficacia de las Sentencias Extranjeras y de la ejecución de otros actos de autoridades extranjeras, y traducción oficial de tales disposiciones;

d)—Documentos debidamente legalizados por los cuales Bosco Cimini acreditó apoderado para está actuación.

A petición del apoderado de Bosco Cimini y de conformidad con lo prescrito en el artículo 317 del C. J., se ordenó citar a la señora Cecilia Quijano de Echeverry y a los herederos de la señora Rosa Quijano de Cárdenas, fallecida ésta el 18 de julio de 1949, para que comparecieran a estar a derecho en las presentes diligencias.

Dentro del término del emplazamiento, los señores Alfonso Cárdenas Q. y Guillermo Cárdenas Q., en su condición de herederos de la finada Rosa Quijano de Cárdenas, y la señora Cecilia Quijano de Echeverry, acreditaron apoderado al doctor Gonzalo V. Lindarte para que los representara en este negocio.

El Procurador General de la Nación al descorrer el traslado de la demanda, manifestó que por parecerle cumplidos los requisitos señalados en el artículo 557 del C. J. no se oponía.

El apoderado de los demandados, dentro del término del traslado, manifestó que se oponía a que se decretara la ejecución de los fallos de los tribunales italianos y en consecuencia "no se conceda el **exequatur** porque el demandante carece de razón legal para adelantar la acción y del mismo proceso aparece que si hubo alguna obligación a cargo de los demandado fue ya satisfecha".

Se abrió a prueba el negocio, como lo ordena el artículo 560 del C. J. y se practicó con intervención de testigos actuarios una inspección ocular pedida por los demandados, en el archivo de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, tendiente a demostrar que en el expediente del juicio de sucesión del doctor José María Quijano Wallis, protocolizado por escritura Nº 1167 de 4 de julio de 1924, hay anexo un documento suscrito por Bosco Cimini, por el cual renunció a cobrar un giro por mil libras (£ 1.000) a cargo del causante.

Se dió el traslado ordenado en el inc. 2º del artículo 560 del C. J., haciendo uso de él sólo la parte opositora, quien expuso varias razones para reiterar su solicitud de que se niegue el **exequatur** pedido por Bosco Cimini.

Habiéndose cumplido los trámites ordenados en el Capítulo II del Título XV del Código de Procedimiento Civil, corresponde a la Corte resolver si es viable la solicitud de **exequatur** respecto de las sentencias dictadas por los tribunales italianos.

Es principio general del Derecho Público y consecuencia de la soberanía del Estado, que ni las leyes extranjeras ni las decisiones jurisdiccionales extrañas tienen valor dentro del territorio nacional. Mas las relaciones internacionales, el comercio entre los pueblos y razones de justicia y equidad imponen la necesidad de limitar el rigor de tal principio a fin de que las leyes y las decisiones judiciales puedan tener fuerza extraterritorial, en determinados casos, por mandato del mismo soberano que así lo autoriza.

Y así como un Estado puede declarar eficaz dentro de sus fronteras, el fruto de la actividad legislativa de otro Estado, lo que en la práctica ocurre cada vez que somete al régimen de la ley extranjera determinadas relaciones jurídicas, así también autoriza la ingerencia de una actividad jurisdiccional extraña, permitiendo mediante el procedimiento del **exequatur** la ejecución en el propio territorio de resoluciones que no emanan de los órganos judiciales de la nación, cuando reúnen determinados requisitos señalados en la propia ley.

El exequatur es el procedimiento judicial que

otorga a las sentencias proferidas por tribunales extranjeros, la fuerza ejecutoria que carecen en el país donde pretende demandarse su cumplimiento.

Según nuestra ley, corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia conocer "de las sentencias pronunciadas en país extranjero para el efecto de resolver si procede o nó su cumplimiento, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos" (C. J., artículo 32, ord. 3º). La solicitud correspondiente "se presenta a la Corte, salvo que, conforme a los respectivos tratados, deba conocer del asunto otro Juez" (C. J., art. 558)

Establece el art. 555 del C. J. que "La sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia".

Y el art. 556 **ibidem** prescribe que "si la sentencia procede de un Estado en que por ley no se dé cumplimiento a las dictadas por tribunales colombianos, no tiene fuerza alguna en Colombia".

En lo tocante a la ejecución de sentencias extranjeras, nuestra ley en los artículos transcritos, ha seguido el sistema de la reciprocidad diplomática combinado con el de la reciprocidad legislativa. De tal suerte que en primer lugar se atiende a las estipulaciones de los tratados que tenga celebrados Colombia con el Estado de cuyos tribunales emane la sentencia que se pretende hacer cumplir en el país. Y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia.

Lo deseable es que en estas materias, como en otras del Derecho Internacional Privado, convenciones bilaterales o multilaterales definan claramente la reglamentación al respecto. En ocasiones la aplicación de la reciprocidad legislativa deja insolubles infrincados problemas que no son raros en el progresivo avance de las relaciones entre los pueblos.

No existiendo derecho convencional con el Estado en donde se haya proferido la sentencia que se pretende ejecutar en Colombia, la Corte debe examinar en cada caso, si procede la aplicación de la reciprocidad legislativa, para lo cual ha de traerse por el interesado la prueba de la ley extranjera en lo pertinente, o sea, en cuanto a la fuerza que en aquel Estado se otorgue a los fallos de los tribunales colombianos. Sin la demostración de la vigencia o existencia de la respectiva ley, no puede aplicarse por la Corte la norma supletoria sobre reciprocidad legislativa.

Las anteriores conclusiones se desprenden claramente del texto del artículo 555 del C. J. y de sus antecedentes que constan en el informe de la Comisión Revisora de dicho estatuto cuando al referirse a tal norma expuso:

"Aunque en estricto derecho las sentencias de los Tribunales de un país no tienen en otros más fuerza que la que se funde en los tratados, en el proyecto se dispuso que, a falta de éstos, se esté al principio de la reciprocidad, que es el generalmente adoptado en esta materia y el que se ha seguido constantemente en la República. La aplicación de este principio no es siempre fácil, si ha de consultarse, como se dispone en algunos códigos extranjeros, la jurisprudencia del país de donde la ejecutoria procede, a lo cual se agrega la posibilidad de que no se haya ofrecido a los Tribunales de ese país la ocasión de otorgar o nó el pase a sentencias análogas de Tribunales colombianos, o que la jurisprudencia de aquéllos no haya sido uniforme en el particular. Cómo proceder en estos casos, en que el enunciado principio no sirve de regla? Son estas las razones por las cuales no se exige que se consulte la jurisprudencia, sino la ley del país donde se ha dado el fallo de cuya ejecución se trate".

De conformidad con el art. 659 del C. J., "Para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte concurrente; y de nó se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la Ley".

De acuerdo con el sistema consagrado en la norma transcrita, la ley extranjera aplicable en Colombia, se debe acreditar como hecha, en cada caso, ante los tribunales colombianos, por los medios legales allí establecidos. De consiguiente, la carga de la prueba de la ley extranjera incumbe a quien alega su vigencia o existencia como fundamento de su derecho, o sea, a quien de tal ley derive una acción o una excepción. Y como es obvio, el tribunal no puede decretar oficiosamente la práctica de tal prueba, y si no se acredita la vigencia o existencia de la ley extranjera por quien la invoca en su favor, el juez no

puede aplicarla por sus investigaciones y conocimientos personales.

Jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Sala ha establecido que para la aplicación del principio de reciprocidad legislativa en cuanto a la ejecución en Colombia de sentencias de tribunales pertenecientes a otros Estados, debe aducirse ante la Corte por el solicitante del **exequatur**, la prueba de la vigencia de la ley extranjera en lo procedente, según lo dicho atrás, por uno de los medios establecidos en la norma ya citada, o sea: 1º Con copia debidamente autenticada de la respectiva ley extranjera que acoja la reciprocidad en la materia; 2º Con el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país en donde haya sido expedida la ley correspondiente. Ningún otro medio de prueba es admisible para acreditar ante los tribunales colombianos la existencia de la ley extranjera. (Casación: junio 6 de 1945, LIX, 129; junio 7 de 1952, LXXII, 380 y 381; julio 14 de 1953, LXXV, 614 y 615).

Por otra parte, la Sala debe agregar lo siguiente:

Relacionando el art. 659 del C. J. con el art. 1º de la Ley 39 de 1933, resulta que si la prueba de la ley extranjera consiste en "**copia debidamente autenticada de la respectiva ley**", constituyendo la copia o certificación correspondiente un instrumento público extendido en país extranjero para hacer uso de él en Colombia, el documento debe expedirse por el funcionario competente del lugar de origen y con las formalidades legales allí prescritas. Al hallarse autenticada la copia o certificación por el respectivo agente consular o diplomático colombiano, o por el de una nación amiga, se presumirá (presunción **juris tantum**) que el documento se ha otorgado de conformidad con las leyes del lugar de su expedición (**locus regit actum**).

En cuanto a lo que debe entenderse por copia debidamente autenticada de la ley extranjera, conviene citar como antecedente ilustrativo lo sostenido recientemente por esta Sala en un negocio en que se invoca la existencia de la legislación italiana respecto de régimen patrimonial en el matrimonio.

Como prueba de la ley respectiva "el actor trajo al proceso un ejemplar del Código Civil Italiano, sobre el cual el Notario de Tivoli 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 8364 D", 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 sus existencia, cosa ésta que no ha cumplido. Por lo tanto, el referido ejemplar del Código Civil de Italia, autenticado de la manera como que da relatada, equivale a una copia de aquél y llena de consiguiente, las exigencias del artículo 659 del Código Judicial". (Casación, marzo 26 de 1953, LXXIV, 426).

La Corte ha negado el **exequatur** de sentencias de tribunales extranjeros, en cumplimiento de la doctrina anteriormente expuesta, por deficiencia en la prueba sobre existencia de la ley extranjera que acoja el principio de la reciprocidad en la materia.

A.—En decisión del 6 de junio de 1945, la Corte rechazó el mérito probatorio de un certificado expedido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá que el demandante del **exequatur** había presentado para acreditar que en ese país las sentencias colombianas son ejecutadas "a título de reciprocidad" "Si el principio de la reciprocidad legislativa —dijo la Corte— debe estar establecido por una ley, es evidente que el certificado que arriba se dejó citado no es prueba hábil para establecerlo, porque sabido es que para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley (Artículo 659 del C. J.)".

B.—En fallo del 7 de junio de 1952 negó el exequatur de una sentencia proferida por tribunales de la República Libanesa, porque para probar que en este Estado rige la reciprocidad legislativa el demandante sólo presentó un certificado del Ministro del Líbano en Colombia, autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual se atestaba que en dicha República "la ley consagra el principio de la reciprocidad legislativa para el cumplimiento de las sentencias extranjeras". Dijo la Corte:

"Cuando no hay tratado público es indispensable demostrar que la ley del país donde fue dictada la sentencia que va a ejecutarse en Colombia le dá el mismo valor a las sentencias de jueces nacionales colombianos o sea, pues, que admite su ejecución allí. Y esto equivale a probar la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido.

"No es necesario que en la ley extranjera se diga expresamente que las sentencias colombianas o de otros países podrán ser ejecutadas donde se ha expedido la ley, previo el lleno de las formalidades de trámite establecidas. Suficiente sería demostrar que la ley de este país consagra el principio de la reciprocidad legislativa en esta materia.

"Pero, en el caso presente, se trajo la prueba de la existencia de la ley que estatuye en la República Libanesa la reciprocidad legislativa?

"No duda la Sala de la veracidad del certificado expedido por el señor Ministro del Líbano en Colombia, ni de su autenticidad. Mas sin embargo, las normas sobre pruebas son entre nosotros imperativas. Cuando la ley determina la que precisamente debe presentarse para acreditar judicialmente un hecho o acto, tal medio probatorio no puede suplirse por otros ni aunquando con ellos se adquiera en conciencia plena convicción o perfecta certidumbre.

"Y sucede que de conformidad con el artículo 659 del Código Judicial, para probar la validez o existencia de leyes extranjeras "se presenta 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 consecuencia, por uno de los medios establecidos en el artículo transcrito era indispensable presentar la prueba de la vigencia de la ley que acoge el principio de la reciprocidad legislativa en la República del Líbano".

C.—Y en providencia del 14 de julio de 1953 se accedió a declarar el cumplimiento de unas sentencias dictadas por tribunales de Milán (Italia), porque el demandante acompañó para demostrar la reciprocidad legislativa, documentos que no constituían copia debidamente autenticada de la ley italiana sobre el particular. Se acogió el concepto del Procurador General de la Nación, considerando que él reflejaba el pensamiento de la Corte sobre la materia, concepto del cual cabe destacar los siguientes apartes:

"Lo segundo que se presenta a la consideración del Ministerio Público es que la traducción del anexo a la carta dirigida por el señor Ministro de Italia al abogado Dr. Uprimy —en la que se insertan ciertas disposiciones procedimentales civiles que se presentan como vigentes en aquella nación—, no da fe de que la copia en italiano de tales preceptos haya sido autenticada por ninguna autoridad de ese país, ni siquiera por su ministro diplomático en Colombia. Es la traducción de algunos preceptos legales que se dicen extranjeros, contenidos en copia de que nadie se ha responsabilizado. La copia que tuvo en cuenta el traductor oficial bien pudo ser la que anexó el señor Ministro Cassini a la comunicación de que fue destinatario el doctor Uprimny; pero no es imposible que sea documento distinto. Ni como instrumento privado, ni como instrumento público, ese papel, ni su traducción oficial tienen el valor probatorio que se les pretende asignar.

"Nuestro Código Judicial señala el procedimiento por probar la ley extranjera así: "Artículo 659. Para comprobar la validez o existencia de las leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no, se pide el testimonio de dos abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley".

En el citado proveído la Corte dijo:

"Descartados los extremos del tratado público y la demostración en debida forma de la existencia o actual vigencia del principio de la reciprocidad en la legislación italiana, es claro que en esa situación no es posible acceder a las peticiones del respectivo libelo, o innecesario el estudio sobre si la sentencia del Tribunal Civil y Penal de Milán cumple con las exigencias del artículo 557 del Código Judicial".

En el presente negocio el solicitante del exequatur se acogió expresamente al principio de la reciprocidad legislativa, por no existir tratado público vigente entre Colombia e Italia que re-

gulo la ejecución de las sentencias proferidas por los tribunales de uno y otro país.

Para probar la reciprocidad legislativa, el peticionario acompañó los siguientes documentos:

a)—Comunicación original (en italiano) del 13 de agosto de 1948, dirigida por el Ministro de Italia en Bogotá, al apoderado de Bosco Cimini, en donde aquel manifiesta "enviarle junto con la presente una copia de las disposiciones actualmente vigentes en Italia en materia civil". Al pie de esta nota se encuentra la legalización de la firma del Ministro de Italia en Colombia, por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia bajo el número 2441 de 1948 (f. 34).

b)—Copia (en italiano), del Título VII del Código de Procedimiento Civil, —artículos 796 a 805— (fs. 35 a 37).

c)—Traducción oficial Nº 8410, de la comunicación del Ministro de Italia y de la Copia de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (fs. 38-40).

En el negocio sometido hoy al examen de la Sala, se observa idéntica situación de deficiencia a la contemplada por la Corte en el último caso referido (C.), en cuanto a la prueba de la existencia de la ley italiana sobre reciprocidad en materia de ejecución de sentencias extranjeras. La copia de las disposiciones del código de procedimiento civil que tuvo a la vista el traductor oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, carece de las debidas autenticaciones para ser estimada como prueba legalmente eficaz de la ley extranjera. Tal copia no aparece autorizada por ningún funcionario de ese país, pero ni siquiera por su representante diplomático en Colombia. Es más aún: al parecer, la prueba rechazada por la Corte en su fallo del 14 de julio de 1953 es una copia de la que se había producido con destino al presente negocio.

En estas condiciones no es posible acceder a la solicitud de **exequatur** y no procede examinar en el fondo si las sentencias cuya ejecución se solicita reunen los requisitos del art. 557 del C. J.

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 accede a la solicitud presentada por Cimini Bosco, sobre ejecución en Colombia de las sentencias de los tribunales de Roma (Italia), a que se refiere la presente actuación.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial, y archívese el expediente.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA SIMULACION Y SU PRUEBA POR LAS PARTES Y POR TERCEROS

1.—Si los fundamentos de un cargo en casación se enderezan a demostrar falla de apreciación de determinadas pruebas, no puede acusarse la sentencia por violación directa de la ley, sino por infracción indirecta a causa de la deficiente apreciación probatoria.

2.—Conforme a doctrina sustentada por la Corte en numerosos fallos, tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato, por sus herederos, o por todo el que tenga el interés jurídico de obtener esa prevalencia. Cuando el acto ostensible consta por escrito, los herederos del que lo celebró, al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar, es decir, para ejercer la acción heredada, están obligados como éste, a dar la prueba del acto oculto por escrito; o por un principio de prueba por escrito completado con testigos, indicios y todo otro medio probatorio, o por la confesión de la otra parte. Caso distinto es que los herederos quieran probar que el acto aparente se celebró con fraude de sus derechos de herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas, caso en el cual son TERCEROS respecto del causante y del otro contratante, en la misma forma que son TERCEROS respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que lo sustrae a la prenda común de los acreedores. La prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementado por todo otro medio de prueba. Entonces pueden acudir a la prueba indicial, a testigos, presunciones, etc.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete (27) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte sobre la demanda de casación formulada por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 16 de agosto de 1954, en el juicio ordinario sobre simulación de una compraventa instaurado por Carmen Rosa Suárez v. de Contreras, contra Emma Vega vda. de Suárez y otros.

I.—Antecedentes:

1.—Carmen Suárez vda. de Contreras, obrando en nombre de las sucesiones de sus finados padres Víctor M. Suárez y Emelina Muñoz de Suárez, siguió en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra Emma Vega de Suárez, Emir Suárez Vega, María Emma Contreras de Alfonso, Adelaida Contreras de Isaza y Luis B. Contreras, sobre simulación o nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre Víctor M. Suárez y Jorge Enrique Suárez Muñoz, referente a una casa situada en la población de Villeta, contenido en la escritura Nº 137 de 16 de julio de 1931 de la Notaría de dicha ciudad.

2.—Las acciones incoadas se basan en los siguientes hechos:

Víctor M. Suárez dijo en la escritura número 137 de 16 de julio de 1931 de la Notaría de Villeta, que vendía a Jorge Enrique Suárez Muñoz, una casa situada en la dicha población, junto con el solar anexo, y determinada por los límites que en dicha escritura se mencionan;

El vendedor había adquirido la finca por compra que hizo a Ignacio M. Moreno, según la escritura número 1.825 de 7 de diciembre de 1923, de la Notaría Cuarta de Bogotá;

Víctor M. Suárez y Emelina Muñoz contrajeron matrimonio católico el 6 de febrero de 1888; y, tanto el señor Suárez como su cónyuge la señora Muñoz fallecieron en los años de 1948 y 1949, respectivamente;

Del matrimonio Suárez-Muñoz nacieron los hi-

jos legítimos Carmen Rosa Suárez Muñoz de Contreras y Jorge Enrique Suárez Muñoz;

Jorge Enrique Suárez Muñoz contrajo matrimonio católico con Emma Vega, el 3 de febrero de 1931 y de ese matrimonio nació la señora Emir Suárez Vega; el señor Jorge Enrique Suárez Muñoz falleció en el año de 1932;

El juicio de sucesión de Jorge Enrique Suárez Muñoz se inició en uno de los Juzgados del Circuito de Facatativá, y allí fue reconocida como heredera del causante su hija Emir Suárez Vega y como cónyuge sobreviviente la señora Emma Vega de Suárez;

El contrato contenido en la escritura número 137 de 1931 de la Notaría de Villeta, es un contrato simulado, ficticio y aparente, sin causa real y verdadera "en el que ni el vendedor tuvo la intención de transferir el dominio del inmueble que enajenaba a favor de su hijo Jorge Enrique Suárez, ni éste entendió haber adquirido el dominio de lo que aparentemente le transmitía por medio del aludido contrato y del registro respectivo";

Carmen Rosa Suárez de Contreras es heredera de Víctor M. Suárez y de Emelina Muñoz de Suárez en su condición de hija legítima de dichos cónyuges; y ella tiene en su poder, como heredera de sus padres, y desde hace "algún tiempo" el inmueble relacionado en la escritura número 137 de 1931 de la Notaría de Villeta, del mismo modo que ese inmueble estuvo en poder de sus padres, hasta el momento de su fallecimiento y a pesar del perfeccionamiento del contrato de compraventa citado en la escritura número 137 de 1931 de la Notaría de Villeta.

Emma Vega de Suárez transmitió a Adela Suárez v. de Contreras, por escritura pública número 118 de 22 de agosto de 1932, de la Notaría de Villeta, los derechos que como cónyuge sobreviviente del señor Jorge Enrique Suárez M. tuviera en la casa de que se viene hablando, y como aquélla compradora falleció posteriormente, se les adjudicó a los demandados Luis B. Contreras, María Emma Contreras de Alfonso y Adelaida Contreras de Alfonso, en la sucesión de su madre Adela Suárez de Contreras, los derechos que en la misma casa había adquirido en el contrato referido, en que aparece como otorgante y vendedora la señora Emma Vega v. de Suárez.

3.—Los demandados se opusieron.

4.—El juez a quo en sentencia de 13 de agosto de 1953 negó las peticiones de la demanda declarando que la actora carece de personería para demandar a nombre de la sociedad conyugal formada por Víctor M. Suárez y Emelina Muñoz.

Apelado este fallo por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 16 de agosto de 1954, negó las súplicas formuladas en el libelo de demanda y absolvió a la parte demandada con costas en ambas instancias, a su cargo.

Contra el fallo del Tribunal se alzó en casación la parte demandante, hallándose el negocio en estado de resolver por la Corte sobre la correspondiente demanda.

II—Sentencia recurrida.

El Tribunal en el fallo acusado, después de exponer la doctrina consagrada en la jurisprudencia de la Corte respecto de la simulación y su prueba, tiene las siguientes consideraciones:

"La demandante se presenta al juicio en su calidad de heredera de sus padres Víctor M. Suárez y Emelina Muñoz y pide para las sucesiones ilíquidas de dichas personas. Es decir, está ocupando el lugar que podían ocupar sus padres, especialmente don Víctor M. Suárez, que es la persona que aparece como vendedora en el contrato que se ataca, y demanda a la sucesión de don Jorge Enrique Suárez, que es la parte que aparece como compradora. Esto equivale a que el juicio se ha trabado entre las mismas partes que otorgaron la escritura en donde aparece el contrato de compraventa, que se tacha de simulado o de nulo.

"Ocupando la demandante el lugar de su padre, está obligada, para demostrar que existen estipulaciones secretas que desvirtúan lo estipulado en la escritura pública número 137 de 16 de julio de 1931 de la Notaría de Villeta, a presentar las pruebas conducentes, que no pueden consistir sino en la confesión o en documentos escritos, o por un principio de prueba por escrito, complementada con otras pruebas. Esto es claro a la luz de los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887. Y las únicas pruebas admisibles son las indicadas, pues la demandante no procede como tercero, quien sí podría hacer uso de todos los medios probatorios para justificar su acción, pues para el tercero el contrato simulado no es más que un hecho.

"Ahora bien: las pruebas que ha presentado la demandante para pretender demostrar que el contrato en estudio es simulado, consisten en declaraciones de testigos, quienes afirman, en sus exposiciones, que conocieron la finca que fue materia del contrato de compraventa; que les consta que dicha finca fue poseída siempre por

los cónyuges Víctor M. Suárez y Emelina Muñoz, a quienes también conocieron, y que la explotaban con un negocio de hotel, que esa posesión la ejercían los citados cónyuges ejerciendo actos de señor y dueño; que saben cómo la señora Emma Vega de Suárez, cónyuge sobreviviente de Jorge Enrique Suárez, no ha tenido la posesión de la casa; y que también saben que la señora Carmen Rosa Suárez v. de Contreras ha vivido en la casa, como dueña de ella, desde la muerte de sus padres; y que, han oído decir que don Víctor M. Suárez había hecho una escritura ficticia a favor del hijo. Algunos de los testigos afirman que conocieron al señor Jorge Enrique Suárez, quien, en la época del contrato con su padre, era un joven de pocos años, que vivía de un empleo y que no tenía bienes de fortuna. Los testigos Cayetano Morales, Antonio Laverde y Eduardo Barrera dicen que don Víctor les contó que el contrato que había celebrado con su hijo era ficticio, pero no explican cuándo ni en qué condiciones les hizo don Víctor M. Suárez esa manifestación ni en razón de qué les fuera hecha.

"La demandante quiso obtener la confesión de las demandadas Emma Vega v. de Suárez y Emir Vega Suárez, y con ese fin les pidió posiciones, que fueron absueltas y en las que negaron las preguntas que les fueron formuladas, en cuanto a la posesión de la finca por parte de Víctor M. Suárez y después por parte de la demandante.

"Estas pruebas no son, ni mucho menos suficientes, para demostrar la simulación, pues por una parte, se repite, sólo pueden admitirse pruebas que aparezcan por escrito y provenientes de las mismas partes que celebraron el contrato, ni es prueba de la ficción el hecho de que Víctor M. Suárez hubiera continuado explotando el negocio de hotel, pues el poseedor inscrito de la finca lo fue Jorge Enrique Suárez después de haber sido registrada la escritura por la cual le compró la finca a su padre, ni significa nada el hecho de que los testigos opinen que el capital del señor Suárez no le permitía comprar la casa, pues este hecho no está respaldado por ninguna afirmación de los testigos, y porque "la pobreza del adquirente no es de por sí un indicio necesario o siquiera vehemente que conduzca a la inexistencia del contrato. Tampoco lo es el hecho de que el vendedor o sus herederos hayan estado en posesión de la finca después de verificado el contrato".

"Si no está probada la simulación no puede, por lo tanto, accederse a la súplica principal de la demanda, y corresponde, como consecuencia, estudiar la subsidiaria o sea la nulidad absoluta del contrato contenido en las tantas veces mencionada escritura número 137 de 1931 de la Notaría de Villeta.

"La parte actora no presenta ningún hecho en que sustente su pedimento y parece que esta petición subsidiaria tenga como fundamentos los mismos hechos que enunció respecto a la simulación; ni presenta prueba alguna que diga relación con la pretendida nulidad. Fuera de la petición contenida en la demanda, no aparece nada más en el expediente de donde pueda deducirse tal nulidad.

"El contrato cumple con todas las formalidades de fondo y de forma, pues las personas que en él intervinieron fueron plenamente capaces; el consentimiento está expreso en el contrato y ese consentimiento no adolece de vicio por no haberse demostrado lo contrario; el objeto sobre que recayó el contrato fue lícito (sic) y no se ha demostrado que la causa fuera ilícita. Además por tratarse de un contrato solemne, compraventa de un bien raíz, debía otorgarse por escritura pública y ésta ser registrada en la oficina de registro del lugar correspondiente a la ubicación del inmueble. Estas condiciones están debidamente cumplidas, y por lo tanto el contrato debe reputarse perfecto".

III.—Demanda de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula tres cargos a la sentencia, a saber:

1º—Violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 1759 y 1760 del C .C., 91 y 93 de la Ley 153 de 1887;

2º—Violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, de los artículos 1757, 1765 y 1769 del C. C. y 660 a 667 del C. J.;

3º—Violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, de los artículos 740, 741, 742, 743, 764 y 762 del C. C.

IV.—Examen de los cargos.

En la sustentación del primer cargo considera el recurrente que el Tribunal infringió las disposiciones sustantiva citadas porque el sentenciador exigió "prueba escrita para contrarrestar las declaraciones contenidas en la escritura Nº 137

de 16 de julio de 1931 de la Notaría de Villeta" sin tener en cuenta la prueba de indicios que pormenoriza, a saber: a) posesión por parte del vendedor y sus sucesores, después de la venta ficticia; b) incapacidad económica del comprador para adquirir el inmueble; c) parentesco entre el aparente vendedor y el aparente comprador, pues Jorge Enrique Suárez Muñoz fue hijo legítimo de Víctor M. Suárez; d) vileza del precio estipulado; e) el supuesto vendedor Víctor M. Suárez continuó pagando los impuestos y servicios de la casa enajenada; f) fama pública en Villeta sobre la simulación de la venta.

Bastaría para rechazar el cargo considerar que sus fundamentos se enderezan a demostrar una infracción indirecta de la ley sustantiva por falta de apreciación de determinadas pruebas, y en ningún caso una violación directa de la ley sustantiva como anuncia el recurrente.

Pero examinando el fondo de la acusación, la Sala rechaza el cargo, reiterando la doctrina consagrada en fallos de antigua y reciente data sobre la simulación y su prueba.

El doctor Antonio Rocha en su estudio sobre "La Simulación y su prueba" (G. J., T. XLIII, Nos. 1911-1912, pág. 704), ha precisado muy nítidamente la jurisprudencia de la Corte al respecto.

"Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato simulado.

"Los herederos del que celebró el contrato simulado puede ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél.

"También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.

"Para el efecto, pues, de tener la acción y de poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros. El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que puedan acudir unos y otros.

"Cuando el acto ostensible no se celebró por escrito, los herederos del que lo celebró, así como este mismo, pueden contraprobar para demostrar el acto oculto que altera a el ostensible, por todos los medios de prueba: tal como lo hubiera podido hacer su causante si viviera.

"Pero cuando el acto ostensible consta por escrito, sus herederos al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar, es decir, para ejercer la acción heredada, están obligados, como éste, a dar la prueba del acto oculto por escrito, o por un principio de prueba por escrito, o por la confesión de la otra parte; el principio de prueba por escrito se puede completar por testigos, indicios y todo medio probatorio.

"Caso distinto es que los herederos quieran probar un fraude de sus derechos de la herencia, o mejor dicho que el acto aparente se celebró en fraude de esos sus propios derechos de herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante, sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas, entonces los herederos o el heredero viene a ser un tercero respecto del causante y del otro contratante, quien defraudó su propio patrimonio heredado o que tenía derecho de heredar, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que lo sustrae a la prenda común de los acreedores.

"La prueba que entonces los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada en este caso por todo otro medio de prueba; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, y es lo más corriente, testigos, presunciones, etc.

"En fin, basta considerar que para demostrar el acto oculto las reglas son las generales sobre pruebas, artículos 1757 y siguientes del C. C., y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887".

La anterior doctrina de la Corte ha venido siendo sustentada en numerosos fallos de casación civil desde el año de 1936. Entre otros pueden citarse los siguientes: septiembre 30 de 1936; T. XLIII, Nos. 1911-1912, pág. 830; diciembre 12 de 1936, T. XLIV, Nos. 1920-1921, p. 663; junio 25 de 1937, T. XLV, Nº 1925, pág. 257; marzo 29 de 1939, T. XLVII. pág. 735; febrero 21 de 1941, T. L, Nos. 1966-1968, pág. 755; junio 3 de 1941, T. LI, Nos. 1973-1974, pág. 533; diciembre 10 de 1942, T. LIV, Bis, pág. 318; septiembre 30 de 1943, T. LVI, Nos. 2001-2005, pág. 172; septiembre 20 de 1945, T. LIX, Nos. 2025-2027 Bis, pág. 936; febrero 11 de 1948, T. LXIII, Nos. 2057-2058, pág. 662; junio 22 de 1950, T. LXVII, Nos. 2083-2084, pág. 405; abril 13 de 1951, T. LXIX, Nº 2099, pág. 522; noviembre 22 de 1951, T. LXX, Nos. 2107-2108, pág

837; junio 8 de 1954, T. LXXVII, Nº 2142, pág. 794; octubre 5 de 1954, T. LXXVIII, Nº 2147, página 846.

El Tribunal aplicó correctamente al caso sub judice la anterior doctrina al desechar la prueba de indicios para acreditar la simulación impetrada, ya que la actora Carmen Rosa Suárez vda. de Contreras, al demandar la simulación se presentó como heredera de su padre Víctor M. Suárez y nó como tercero respecto de la compraventa contenida en la escritura Nº 137 de 16 de julio de 1931 de la Notaría de Villeta, y en tal virtud para probar la simulación no podía acudir a aquella prueba sin presentar la prueba escrita exigida por la ley.

Por ende, el sentenciador no infringió las disposiciones citadas.

El cargo es infundado.

En el segundo cargo el recurrente, después de afirmar violación directa de la ley, enjuicia también la sentencia por falta de apreciación de las pruebas que en su sentir demuestran plenamente la simulación. Incurre en el mismo error de técnica antes glosado.

El cargo carece de toda consistencia por las siguientes razones:

a)—Porque como anteriormente se expuso, la simple prueba de indicios que el Tribunal rechaza, no era bastante para demostrar la simulación, por la carencia de prueba escrita;

b)—Porque el Tribunal tenía plena soberanía en la apreciación de los indicios que la sentencia rechaza, con razonamientos lógicos que no entrañan error evidente de hecho ni error de derecho;

c) Porque suncuando el recurrente habla en forma general de "las confesiones hechas por las demandadas Emma Vega v. de Suárez y la señorita Emir Suárez Vega", que el Tribunal no tuvo en cuenta, ni siquiera se intenta demostrar el error en que pudo incurrir el sentenciador al dejar de apreciar esa prueba, pues el recurrente se limita a decir: "Con las posiciones se robusteció la prueba sobre la posesión. Es curioso leer tales exposiciones para poder apreciar la serie de contradicciones directamente por los absolventes, y ellas entre sí. Después de negar un hecho, sobre la posesión por ejemplo, a renglón seguido afirman que sí es cierto".

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

En el último cargo se citan como violados varios artículos del C. C., sobre tradición. La acusación tiende a demostrar que existiendo la simulación del contrato de venta, no pudo haber tradición de la casa vendida del supuesto vendedor al supuesto comprador.

El cargo está edificado en el vacío, porque no apareciendo demostrada la simulación, mal puede acusarse la sentencia del Tribunal por no haberse pronunciado sobre la invalidez o ineficacia de la tradición que es efecto de la compraventa en firme.

V.—Resolución.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el presente juicio el día 16 de agosto de 1954.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Ricardo Ospina Gómez, Conjuez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD NATURAL.—LOS ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION

1.—La autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio, no está limitada sino en dos casos: Primero: cuando el Tribunal yerra en forma tan grave que contraría la evidencia producida por una o más pruebas, dando por probado aquello que cierta e indiscutiblemente no lo está; o negando que esté probado aquello que lo está de manera irrefragable. Es el error DE HECHO en la estimación de las pruebas. Segundo: cuando contraría de tal suerte un texto legal sobre la tarifa de las pruebas, el mérito demostrativo de la prueba aducida o la forma en que fue llevada al proceso, que a una prueba determinada resulta otorgándosele el tiene, según ese texto. Es el error DE DERECHO en la apreciación de las pruebas.

En el primer caso el yerro es de orden físico, fruto de una defectuosa percepción sensorial del juzgador, porque ha creído ver en el proceso lo que no existe, como cuando da por probada la propiedad con la escritura QUE NO ESTA REGISTRADA; o no ha visto lo que hay realmente como cuando niega al título el mérito de probar el dominio, por no hallarse inscrito, siendo así que consta que lo está en certificado del Registrador presentado separadamente.

En el segundo caso, el yerro es estrictamente jurídico, ya que consiste en valorar una prueba existente en el proceso en forma contraria a las disposiciones legales que determinan los medios probatorios, señalan el valor de una prueba o fijan el procedimiento para aducirla, reconociendo a la prueba un valor que no tiene, o desconociéndole el que tiene, según esas disposiciones.

2.—Cualquiera que sea el error de que se trata, comienza por violar un texto legal sobre pruebas, y el cargo en casación, tanto por error de hecho como de derecho, debe venir respaldado en la disposición legal quebrantada.

3.—La Corte, en tratándose de la causal cuarta de investigación de la paternidad natural, ha exigido estrictamente, en doctrina constante, que las relaciones correspondan a la época de la concepción, es decir, que el nacimiento se haya efectuado después de los ciento ochenta días a partir del comienzo de las relaciones y antes de los trescientos después de haber cesado, siguiendo en ello el ordenamiento general de la legislación, trazado en los artículos 92, 234, 220, y 237 del C. C., y 6º de la ley 95 de 1890.

4.—La exigencia de la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias en la investigación de la paternidad natural no pueden basarse en el conocimiento directo y personal que de tales actos lleguen a tener unos testigos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B.)— Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación por la parte actora, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 27 de septiembre de 1954 y proferida en juicio de investigación de la paternidad natural, seguido por Mariana Sandoval en representación de sus hijos Mirian y Luis Alfonso Sandoval, contra los herederos de Rafael Ospina.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Mariana Sandoval, en nombre de sus mencionados hijos menores demandó a Dioselina Zorrilla v. de Ospina o Cobo, Luis Bernardo López Ospina, Antonio Ospina o Cobo y Humberto Ospina o Cobo, en calidad la primera de cónyuge supérstite de Rafael Ospina o Cobo, y los últimos en su carácter de hermanos naturales del mismo, para que se hagan estas declaraciones:

"a) Que los menores impúberes Mirian y Luis Alfonso Sandoval, nacidos y bautizados en esta ciudad, hijos naturales de la señora Mariana Sandoval, son también hijos naturales del señor Rafael Ospina o Cobo.

"b) Que en razón de la calidad antes expresada de hijos naturales, los nombrados Mirian y Luis Alfonso Sandoval, son herederos abintestato del causante señor Rafael Ospina o Cobo, con exclusión de los hermanos naturales de éste, señores Luis Bernardo López Ospina, Antonio Ospina o Cobo y Humberto Ospina o Cobo.

"c) Que por la misma razón, los nombrados Mirian y Luis Alfonso Sandoval, son dueños de la mitad de los bienes muebles e inmuebles dejados por el causante señor Ospina, con beneficio de inventario.

"d) Que se declare sin efecto legal el auto de fecha siete (7) del mes próximo pasado en que se reconoció como herederos del causante señor Ospina, a sus hermanos naturales Luis Bernardo López Ospina, Antonio Ospina o Cobo y Humberto Ospina o Cobo".

2.—Los demandantes invocan el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, esto es, las relaciones sexuales estables y notorias entre Rafael Ospina y Mariana Sandoval, como causa de la paternidad natural cuyo reconocimiento piden. De manera secundaria o accidental, el ordinal 5º ib., o sea, la posesión notoria del estado civil de hijos naturales.

3.—Tanto la sentencia de primer grado (25 de marzo de 1952), proferida por el señor Juez Civil del Circuito de Buga, como la de segundo grado (27 de septiembre de 1954) absuelven a la parte demandada, por considerar que no están probados los hechos en que se fundan tales causales de declaración judicial de paternidad natural.

4.—Interpuesto por los actores el recurso de casación contra esta sentencia, la Corte lo admitió y el recurrente lo fundó oportunamente.

CAPITULO SEGUNDO

La casación.—Los cargos

1.—El recurrente ataca la sentencia en forma por demás ajena a la técnica de la casación. La demanda es un memorial en que se hace la crítica del fallo, pero no la acusación del mismo tal como lo exige este recurso extraordinario. Invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., y al tiempo que impugna la aplicación o interpretación que el fallo hace del ordinal 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, arremete contra la estimación de las pruebas de los hechos generadores del reconocimiento solicitado, por errores manifiestos de hecho, lo que no obsta para extender a la vez la acusación al campo de los errores de derecho en que incurre el sentenciador en la misma tarea: no hace distinción ni separación al formular los cargos, entre la causal de las relaciones sexuales estables y públicas y la de la posesión notoria, ambas negadas en la sentencia; ni se separan, ni ordenan, tampoco, con la claridad y la precisión debidas, los motivos en que los cargos se apoyan. En este párrafo concreta el recurrente su acusación:

"Error de **hecho manifiesto**, como se deduce de elementos probatorios enunciados y en que incurrió el H. Tribunal Superior de Buga, por mala apreciación de tales elementos y por falta de apreciación del conjunto de las pruebas dió como impreciso deficiente y como consecuencia no probado, lo que es preciso (en la relatividad de los actos humanos), lo que es eficiente y que por lo tanto plenamente probado para declarar en honor a la justicia que Rafael Ospina es el padre natural de los niños Mirian y Luis Alfonso Sandoval. Por este motivo el Tribunal violó la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea, a la cual se refiere la primera causal del artículo 520 del C. Judicial: por cuanto al interpretar el artículo 4º de la ley 45 de 1936 y el ordinal 4º de la misma obra (sic) norma, se basó en una errónea apreciación de la prueba que lo llevó a no aplicar la disposición en el ordinal indicado estando esta circunstancia completamente establecida. Quebrantó el Tribunal también, por falta de aplicación al caso del pleito, los artículos 399 y 398 y concordantes.

"La sentencia al negarle el valor probatorio a las declaraciones de María Luisa Daraviña e Ismenia Sandoval y las demás debidamente presentadas durante el juicio con el lleno de los requisitos legales viola los artículos 696 y 697 del C. Judicial y por ende el artículo citado de la ley 45 al no haber hecho la declaración que era una consecuencia jurídica por la eficiencia de la prueba".

Mas, tratando de entresacar de tal dédalo la sustancia, la apreciación que de las pruebas formula el Tribunal y la aplicación que de la ley

sustantiva hace en este caso, resiste todo ataque en casación.

En efecto:

3.—El fallo, después de transcribir parte de una sentencia de esta Corporación relativa a la regla del ordinal 4º del artículo 4º, ley 45 de 1936, y especialmente sobre la coincidencia que debe existir entre la época de la concepción y las relaciones sexuales estables y notorias, concreta así su apreciación:

"Si se atiende a la prueba testimonial presentada por la demandante que consiste en las declaraciones de Ismenia Sabogal, María Luisa Daraviña, María Emma Ramos, Ernestina Otálora de Bejarano y Hernando Quesada, cuyos dichos han sido juiciosamente analizados por el inferior, no resulta en manera alguna demostrado que entre el causante Rafael Ospina y Mariana Sandoval hubieran existido relaciones sexuales estables y notorias dentro del lapso previsto en la disposición legal. Pues los declarantes, a excepción de María Emma Ramos, se refieren a hechos sucedidos con posterioridad al nacimiento de los menores Mirian y Luis Alfonso Sandoval: fuera de que los testigos no dan razón satisfactoria de sus aseveraciones, por demás imprecisas.

"Y muy poco crédito merece el testimonio de María Emma Ramos, quien declara el 3 de agosto de 1951, afirmando que tiene diez y siete años de edad, lo que quiere decir que cuando nació la menor Myrian la testigo tenía seis años más o menos, y sin embargo asevera que desde mucho antes de que nacieran los menores Myrian y Luis Alfonso Sandoval pudo darse cuenta que Rafael Ospina le daba a Mariana Sandoval lo necesario para la alimentación de ella y de los niños, para su vestido y remedios en las enfermedades de los últimos, hechos que por otra parte no son suficientes a demostrar la causal invocada".

Por tanto, para el sentenciador los testimonios aducidos no prueban que entre Rafael Ospina y Mariana Sandoval hubiesen existido relaciones sexuales estables y notorias, durante las épocas de la concepción de los menores demandantes, por dos razones: 1ª, porque los declarantes deponen sobre hechos posteriores al nacimiento de los menores Mirian y Luis Alfonso Sandoval; y 2ª, porque los testigos no dan razón satisfactoria de sus aseveraciones.

4.—Tales conceptos son fruto de la autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio. Esta autonomía no está limitada sino en dos casos: Primero: cuando el Tribunal yerra en forma tan grave que contraría la evidencia producida por una o más pruebas, dando por probado aquello que cierta e indiscutiblemente no lo está: o negando que esté probado aquello que lo está de manera irrefragable. Es el error de hecho en la estimación de las pruebas. Segundo: cuando contraría de tal suerte un texto legal sobre la tarifa de las pruebas, el mérito demostrativo de la prueba aducida o la forma en que fue llevada al proceso, que a una prueba determinada resulta otorgándosele el valor de que carece, o negándosele el que tiene, según ese texto. Es el error de derecho en la apreciación de las pruebas.

En el primer caso el yerro es de orden físico, fruto de una defectuosa percepción sensorial del juzgador, porque ha creído ver en el proceso lo que no existe, como cuando da por probada la propiedad con la escritura que no está registrada: o no ha visto lo que hay realmente, como cuando niega al título el mérito de probar el dominio, por no hallarse inscrito, siendo así que consta que lo está en certificado del Registrador presentado separadamente.

En el segundo caso, el yerro es estrictamente jurídico, ya que consiste en valorar una prueba existente en el proceso en forma contraria a las disposiciones legales que determinan los medios probatorios, señalan el valor de una prueba o fijan el procedimiento para aducirla, reconociendo a la prueba un valor que no tiene, o desconociéndole el que tiene, según esas disposiciones.

5.—Se sigue de esto que el error, ya de hecho, ya de derecho, implica en sí, de manera inmediata, un desobedecimiento de las normas legales sobre valoración probatoria, desobedecimiento que debe conducir necesariamente —para alcanzar la casación del fallo— a la violación de los textos de la ley que consagran la acción incoada. Y de allí que el agravio a dichos textos sea indirecto, esto es, a través de las pruebas, o mejor, a causa de la manera como el sentenciador se hubiese comportado en la tarea estimativa de ellas, y que el quebranto sufrido por los preceptos de orden probatorio se considere como camino o medio que haya de llevar a la violación de las disposiciones que estructuran el derecho sustancial ejercido.

Así, si en juicio reivindicatorio el Juez considera que el instrumento público no está registrado, cuéndolo (error de hecho), motivo por el cual niega la acción, principia por quebrantar los artículos 756, 2637, ordinal 1º, 2652, ordinal 1º del

C. C., según los cuales la tradición de los bienes raíces se efectúa únicamente por medio del registro, y termina por infringir los textos concernientes a la acción de dominio (a. 946, etc., del C. C.). Si en el caso del ordinal 3º del art. 4º de la ley 45 de 1936, el Juzgador niega a la afirmación del presunto padre el valor de confesión (error de derecho), quebranta en primer término los artículos pertinentes de la ley sobre este medio de prueba, y en segundo lugar, la disposición citada de la ley 45, que consagra la acción de investigación de la paternidad natural, en el caso expresado.

6.—Cualquiera que sea, por tanto, la especie de error de que se trate, el error comienza por violar un texto legal sobre pruebas, y el cargo, tanto por error de hecho como de derecho, debe venir respaldado en la disposición legal quebrantada. La doctrina unas veces lo ha exigido así para uno y otro error (V. casaciones de 28 de febrero de 1931, XXXVIII, 546; 16 de junio de 1942, LIII, 641; 2 de diciembre de 1943, LVI, 319, y 29 de febrero de 1952, LXXI 170); pero otras veces sólo en relación con el de derecho, bastando el de hecho la cita de las disposiciones legales referentes al fondo de la controversia. (V. casaciones de 20 de julio de 1912, XIX, 9 y 12 de diciembre de 1932, XLI, 74). De lo cual se deduce que siempre ha sido necesario para fundar el cargo de error de derecho en la estimación de una prueba, la invocación del precepto legal transgredido a causa de dicha estimación, mas no así para sustentar el de hecho, respecto del cual no se ha seguido una misma jurisprudencia. En estricta técnica de casación debe señalarse la norma sobre pruebas violada en primer grado, aun debido a error de hecho, porque si se omite considerar una prueba, se habrá quebrantado el precepto o los preceptos que otorgan mérito legal a la prueba inadvertida y por cuya ausencia subjetiva se falló el negocio en determinada forma; y si se decide como si la prueba existiera en el proceso, se le habrá concedido el valor que a tal prueba señalan las disposiciones sobre derecho probatorio, las cuales resultan infringidas al ser aplicadas a una prueba inexistente.

7.—En el caso de autos la sentencia dice dos cosas tocantes a los testimonios producidos para establecer la causal cuarta de las que autorizan la investigación de la paternidad natural: que no acreditan las relaciones sexuales en las épocas de la concepción de los demandantes, sino después, y que los declarantes no dan suficiente razón de sus asertos.

Con respecto a lo primero, el recurrente no ha demostrado el error —que sería de hecho— en que incurriera el sentenciador al afirmar que las pruebas no demuestran las relaciones sexuales en aquellas épocas, es decir, que omitió considerar algunas pruebas con las cuales se establece sin lugar a duda ese hecho, o que al apreciar las que tuvo presentes dejó de advertir que se refieren con toda claridad a dichas épocas. Tal error habría de aparecer en forma manifiesta, esto es, las pruebas no podrían demostrar necesariamente otra cosa que las relaciones durante esos lapsos, lo cual está muy lejos de surgir de la demanda.

Con respecto a lo segundo, tampoco ha probado el recurrente que al considerar el Tribunal que no dieron los testigos bastante razón de sus aseveraciones, hubiese cometido error contra la evidencia de existir en el proceso la razón cabal de tales testimonios.

8.—Parece, además, que el recurrente acusara el fallo por interpretación errónea del citado texto (ordinal 4º art. 4º ley 45 de 1936), porque el sentenciador exige que las relaciones cioncidan con la época de la concepción, de conformidad con la regla del citado artículo 4º "Concepto absurdo e inadmisible —dice el recurrente— en la interpretación de la ley indicada, toda vez que los hechos humanos no pueden quedar supeditados a reglas precisas, con la rigidez matemática de las fórmulas geométricas o la precisión de las leyes físicas.... De admitirse esta interpretación no sería posible demostrar la paternidad natural en esta clase de juicios, pues no existe dentro de los actos humanos uno que reclame más circunspección que las relaciones amorosas y sexuales. La imposibilidad de poder fijar con precisión los hechos dentro del estrecho margen de la tesis sostenida por el Tribunal haría completamente ilusoria la acción consagrada en la ley y sin efectividad el derecho.... No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas (las relaciones sexuales) que los testigos hayan presenciado la intimidad o la realización del hecho de las relaciones sexuales". A lo cual se observa:

a) La Corte, en tratándose de la causal cuarta de investigación de la paternidad natural, ha exigido estrictamente, en doctrina constante, que las relaciones correspondan a la época de la concepción, es decir, que el nacimiento se haya efectuado después de los ciento ochenta días a partir del comienzo de las relaciones y antes de los trescientos después de haber cesado, siguiendo en ello el

ordenamiento general de la legislación, trazado en los artículos 92, 214, 220 y 237 del C. C., y 6º de la ley 95 de 1.890. Se trata sin duda de una norma rígida, de rigor "matemático", si se quiere, porque es aplicación severa de la presunción contenida en el artículo 92 citado, que, por ser de derecho, es igualmente rígida, ya que no admite prueba de que la concepción haya podido operarse en un caso dado fuera de los términos allí prescritos.

b) Ni la sentencia exige la prueba de los actos de ayuntamiento, ni la exige la ley, para demostrar unas relaciones sexuales que por ser públicas y permanentes no pueden basarse en el conocimiento directo y personal que de tales actos lleguen a tener unos testigos. La percepción de ellos ningún papel juega en los casos en que puede investigarse la paternidad natural según el artículo 4º, a excepción del caso de violación (ordinal 1º), de manera que exigirla en el caso de las relaciones sexuales estables y notorias es a todas luces absurdo, y suponerlo en la sentencia del presente juicio, equivale a dejar sin fundamento o respaldo la acusación sobre interpretación errónea de la ley.

Por lo dicho se rechaza el cargo o los cargos formulados.

Resolución:

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 de fecha veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el juicio ordinario seguido por Mariana Sandoval, en nombre de sus hijos menores Mirian y Luis Alfonso Sandoval, contra los herederos de Rafael Ospina.

No hay costas.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—LA ACCION DE FILIACION NATURAL NO CONLLEVA NECESARIAMENTE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

1.—Cuando el juicio de filiación natural se adelanta contra el presunto padre la sentencia tiene efecto respecto de todos, es decir, ERGA OMNES, o sea que el hijo reconocido como natural por sentencia judicial puede alegar ese carácter respecto de todo el mundo y para todos los efectos concernientes al estado civil patrimoniales o extrapatrimoniales; en cambio, cuando el juicio se sigue contra los sucesores o herederos del presunto padre, la sentencia sólo afecta, para los mismos efectos, a las personas que intervinieron en el litigio, y nada tiene que ver en relación con quienes permanecieron ausentes del juicio.

2.—La Ley 45 de 1936 acabó con la distinción que hacía la antigua legislación entre hijos naturales e ilegítimos y los de dañado y punible ayuntamiento. Ese estatuto legal se refiere a los hijos naturales, comprendiendo en la definición que trae el artículo 1º de la ley, a todos los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, y han sido reconocidos o declarados tales con arreglo a los preceptos de la misma ley; y respecto a la madre, cuando es soltera o viuda, tendrán esa calidad por el solo hecho del nacimiento.

3.—Obtenido el reconocimiento, sea voluntario por parte del padre o por medio de la justicia, el hijo adquiere todas las prerrogativas que le confiere la Ley 45 de 1936, pero respecto a la herencia del padre, sólo puede concurrir con hijos legítimos cuando el natural ha sido concebido después de la vigencia de la Ley 45, o sea después del 31 de mayo de 1936.

4.—La acción de estado civil es simplemente declarativa, con las naturales consecuencias que de allí se desprenden y que son de diverso orden. (véase Gaceta Judicial, número 2144, página 42).

5.—El ejercicio de la acción de filiación natural no conlleva necesariamente la acción de petición de herencia, siendo entendido que el ejercicio de la acción de simple estado civil es procedente aún después de muerto el padre.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Betsabé López, por escrito presentado ante el juez civil del Circuito de Jericó, el cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, demandó en juicio ordinario de filiación natural a Amalia Toro de Restrepo, a Manuel Restrepo y a Antonio Emilio Restrepo, "para que con su citación y audiencia y en su calidad de herederos, representantes y sucesores y únicos interesados directos del señor Fortunato Restrepo, ya finado, en sentencia que cause ejecutoria, por su digno despacho se declare:

"a)—Que soy o fuí hija natural de Fortunato Restrepo y que en tal carácter tengo esa calidad ante la ley colombiana para los efectos entre padre e hija natural".

En el punto b) pide que se ordene, una vez en firme la sentencia, que en el libro de "actas de bautizo" (sic) de la parroquia de Jericó y en el correspondiente de la notaría de la misma ciudad se asiente una acta "que aluda a la declaración de la letra a) y que en la partida correspondiente a mi bautismo y nacimiento se anote al margen lo relativo a la declaratoria de hija natural en relación con el señor Fortunato Restrepo.....".

Pide que se condene en costas a los demandados si se oponen a la demanda.

Afirma la demandante que "de la mutua y constante relación sexual entre mi señora madre Sixta Tulia López y el señor Fortunato Restrepo nací yo, pues fuí engendrada por el señor Restrepo en mi madre ya mencionada"; que Fortunato Restrepo no la reconoció como hija natural, seguramente por olvido o por ignorancia; que tiene la prueba plena y perfecta que acredita la posesión notoria de hija natural respecto de Fortunato Restrepo.

El juez de primera instancia falló el negocio el cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y tres y dijo:

"1º—Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, en relación con la demandada señora Amalia Toro v. de Restrepo;

"2º—No es el caso de hacerse, y no se hacen, las declaraciones impetradas en el libelo, por carecer la actora del derecho demandado, y en consecuencia, se absuelve a los demandados Manuel María y Antonio Emilio Restrepo Toro de los cargos formulados contra ellos.

"Se condena a la parte actora a pagar las costas de esta instancia".

Por apelación interpuesta contra la anterior sentencia conoció en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín; ni pruebas ni alegatos se presentaron en esa segunda instancia, y el nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y tres el Tribunal del conocimiento le puso fin al litigio mediante el fallo que en su parte resolutiva dice:

"A mérito de lo expuesto, el Tribunal.... confirma la sentencia recurrida, de la fecha ya indicada, proferida por el señor juez civil del circuito de Jericó, en la reforma de que se revoca el numeral primero de la misma y se adiciona el numeral segundo para incluir en la absolución a la demandada Amalia Toro v. de R.

"Sin costas porque aparece que no se causaron en el recurso".

Contra esta sentencia recurre en casación la parte actora, y como está cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso, que el recurrente enuncia así:

DEMANDA DE CASACION

"**Capítulo primero.**—Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Medellín pronunciada en el juicio ordinario de filiación natural de Betsabé López contra Amalia Toro v. de R., Manuel María Restrepo y otro, como herederos o representantes de Fortunato Restrepo por error de hecho y de derecho manifiestos en los autos consistentes en haber dejado de aplicar y considerar la prueba testimonial que acredita los estados de relaciones sexuales sostenidas por Fortunato Restrepo y Sixta Tulia López y la posesión notoria de hija natural de Betsabé López en relación con Fortunato Restrepo, con lo cual violó manifiestamente la ley, conforme al motivo primero, inciso segundo, del artículo 520 del C. J., de acuerdo con la enunciación y estudio que a continuación hago y por haber violado las siguientes disposiciones legales: 593, 597, 601, 603 y ss. 660, 668 y ss. del C. J. y los artículos 1º, 4º, incisos 4º y 5º y 28 de la Ley 45 de 1936.

"**Capítulo segundo.**—Acuso la sentencia pronunciada por el Honorable Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Betsabé López contra Amalia Toro, Manuel María Restrepo y otro como herederos o sucesores del finado Fortunato Restrepo, por error de hecho y de derecho manifiestos en los autos consistentes en haber apreciado los medios probatorios aportados a los autos en forma errada, sin reconocerles el verdadero y completo sentido, y en haber aplicado erradamente los artículos..... de la ley sobre hijos naturales (la 45 de 1936) y en haber dejado de aplicar en el fallo que acuso, los artículos 1º y 4º, incisos 1º y 4º y 28, desconociendo así el derecho de Betsabé López a que se le declarara hija natural del finado Fortunato Restrepo. Merced a tales errores violó el fallo aludido los siguientes artículos de las leyes: 1º, 4º, inc. 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, 593, 597, 601, 603, 604 y ss., 660, 668 y ss. del C. J., en virtud de lo cual por infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación de las mentadas o citadas disposiciones legales, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 520 del C. J., es procedente el recurso de casación y debe infirmarse el fallo recurrido.

"En efecto, Honorables Magistrados, el Honorable Tribunal, en la sentencia que acuso, respalda el fallo absolutorio para los demandados y negatorio para las peticiones de la demanda, en el hecho de haberse establecido en el juicio, que se trataba de una filiación natural en concurrencia de hijos legítimos habidos en matrimonio católico, y que como de acuerdo con lo que dispone el artículo 28 de la ley 45 de 1936, no debe el fallador reconocer la filiación natural (sic).

"Erró el Honorable Tribunal al interpretar en el fallo que acuso el mentado artículo de la ley 45 hasta el extremo de negar la declaratoria de filiación, porque tal disposición se refiere únicamente a la participación en la herencia del finado, pero nó a la simple declaratoria de filiación natural".

Para proceder con el orden lógico a que se refiere el artículo 537 del Código Judicial, se estudia en primer lugar el cargo contenido en el capítulo segundo de la demanda que se refiere a la afirmación del Tribunal de que la actora carecía y carece del derecho de demandar en acción de filiación natural.

En el citado cargo afirma el recurrente que el Tribunal violó las disposiciones legales que cita en la demanda, por infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación, y se refiere al artículo 4º de la ley 45 de 1936.

El Tribunal hace un recuento de las normas legales que sobre hijos naturales rigieron antes de la expedición de la ley 45 de 1936, y comentando sus disposiciones, se expresa así:

"Este régimen restrictivo de la investigación, perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto —ley 45 de 1936— que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad natural en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4º de esta ley.

"Se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado y punibles ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera del matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de esta misma ley.....

"En cuanto a los derechos hereditarios, el art. 18 de la misma ley estatuye: "los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal ....."

"Dicha ley fijó el alcance de esta disposiciones (sic) por medio del 28 de la misma, cuyo tenor litera) es: la presente ley en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con legítimos de matrimonio anterior a la vigencia de aquélla, sólo tendrán efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Comenta la sentencia los artículos 401 y 403 del Código Civil y reseña brevemente las doctrinas de la Corte sobre el tema del legítimo contradictor, para terminar con la cita de las sentencias que admiten que el hijo podía adelantar la declaración de paternidad natural dirigiendo la acción contra los herederos del padre natural, anotando las consecuencias que se presentan cuando la acción se adelanta con la intervención del presunto padre como legítimo contradictor, y cuando el juicio se sigue contra los herederos o causahabientes del padre, y se expresa así:

"Si el juicio de filiación natural se adelanta con intervención directa del presunto padre como contradictor legítimo, los efectos y alcance de la respectiva sentencia son erga omnes, esto es, abarca las obligaciones y derechos tanto de orden familiar o social o moral, como las de índole patrimonial; pero si el juicio se sigue contra los herederos o causahabientes del padre ya fallecido, entonces los alcances de la sentencia son de carácter relativo, esto es, no afecta sino los intereses patrimoniales en orden a la vocación herencial o petición de herencia. Prácticamente al menos, en concepto de esta Sala."

Este concepto del Tribunal es fundamentalmente equivocado, porque confunde los efectos de la sentencia cuando el juicio de filiación se adelanta contra el presunto padre o cuando se sigue contra los sucesores o herederos de éste. En el primer caso la sentencia tiene efecto respecto de todos, es decir, erga omnes, o sea que el hijo reconocido como natural por sentencia judicial puede alegar ese carácter respecto de todo el mundo y para todos los efectos concernientes al estado civil patrimoniales o extrapatrimoniales; en cambio en el segundo caso la sentencia, sólo afecta, para los mismos efectos, a las personas que intervinieron en el litigio, y nada tiene que ver en relación con quienes permanecieron ausentes del juicio. Así se aclara el concepto del Tribunal.

Continúa la sentencia:

"Sobre el caso de autos y frente a los principios legales y doctrinarios expuestos, se tiene lo siguiente:

"Consta que el señor Fortunato Restrepo contrajo matrimonio católico en la parroquia de Jericó con la señora Amalia Toro el veintiocho de agosto de mil ochocientos ochenta y nueve; que durante el matrimonio nacieron los demandados Manuel María y Antonio Emilio Restrepo, el diez y ocho de marzo de mil ochocientos noventa y dos y el diez de marzo de mil ochocientos noventa y seis, respectivamente; que el señor Fortunato Restrepo murió el nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, y que la demandante Betsabé López nació el cinco de octubre de mil novecientos diez (folios 4, cuaderno 1º y ss., c. 6º).

"De la simple confrontación de estas fechas y habida consideración de los principios legales expuestos, resulta que la demandante es hija adulterina, esto es, de dañado y punible ayuntamiento, si se tiene en cuenta el matrimonio existente de su presunto padre Fortunato Restrepo y Amalia Toro".

Incurre nuevamente en equivocación el Tribu-

nal, toda vez que la ley 45 de 1936 acabó con la distinción que hacía la antigua legislación entre hijos naturales e ilegítimos y los de dañado y punible ayuntamiento. Ese estatuto legal se refiere a los hijos naturales, comprendiendo en la definición que trae el artículo 1º de la ley, a todos los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, y han sido reconocidos o declarados tales con arreglo a los precepto de la misma ley; y respecto a la madre cuando es soltera o viuda, tendrán esa calidad por el solo hecho del nacimiento.

El hijo nacido en las condiciones expuestas, si no ha sido reconocido voluntariamente por el padre, tiene todo el derecho para pedir que la justicia ordinaria supla ese reconocimiento y mediante los trámites propios del juicio sobre filiación natural, sea declarado su estado **civil de hijo natural respecto de su presunto padre.** Obtenido el reconocimiento, sea voluntario por parte del padre o por medio de la justicia, el hijo adquiere todas las prerrogativas que le confiere la ley 45 de 1936, pero respecto a la herencia del padre, sólo puede concurrir con hijos legítimos cuando el natural ha sido concebido después de la vigencia de la ley 45, o sea después del 31 de mayo de 1936.

Y termina la parte motiva de la sentencia:

"Luego es claro que la demandante tenía acción para reclamar su filiación natural durante la existencia de su presunto padre Fortunato Restrepo y ello para los solos efectos del vínculo familiar, no para los de orden herencial o económico, o sea para tomar puesto de heredera en la sucesión de éste. Pero muerto el padre, se extinguió la acción que ella tenía conforme al artículo 4º de la ley 45 de 1936. De tal suerte que la actora carecía y carece del derecho de demandar en acción de filiación natural tanto a la señora Toro como a los herederos....."

A esta conclusión llega el Tribunal quebrando el razonamiento que traía hecho en la sentencia y es el motivo determinante que tuvo para confirmarla. Sencillamente declaró que la demandante no tenía ni tiene el derecho de demandar en acción de filiación natural, porque no tiene el derecho a concurrir en la herencia del presunto padre con los hijos legítimos, por haber nacido éstos y aquélla antes de la vigencia de la ley 45 de 1936.

Pero el recurrente alega que el Tribunal al aceptar este criterio violó el artículo 4º de la ley citada, por cuanto la petición que formuló la actora se reduce sólo a que la declara hija natural de Fortunato Restrepo, con exclusión de toda petición sobre los bienes hereditales.

Se considera:

Es evidente que la actora inició la acción únicamente para obtener la declaratoria de hija natural de Fortunato Restrepo, es decir, para que se le definiera su estado civil, con prescindencia de toda declaración de orden herencial. Esto está claramente establecido en la demanda.

El Tribunal considera que por cuanto que Betsabé López no tiene ningún derecho a la herencia de Fortunato Restrepo, carece de acción para demandar el reconocimiento de hija natural respecto del citado Restrepo después de su fallecimiento.

La acción de estado civil es simplemente declarativa, con las naturales consecuencias que de allí se desprenden y que son de diverso orden. A este respecto ha dicho la Corte, en sentencia que corre publicada en el Nº 2144 de la Gaceta Judicial, página 42:

"Los hechos constitutivos de la filiación dependen del cumplimiento de leyes que convienen a la naturaleza humana, la cual no varía por efecto de lo que en concreto sean las reglas positivas de la legislación. Esto demuestra que una vez realizados tales hechos constitutivos de la filiación, se colocan por encima del querer humano y se imponen a la voluntad del legislador, apenas llamado, como entre nosotros sucede, a regular sus efectos sobre la base de determinados presupuestos. Si están comprobados, la resolución judicial que califica los medios y los halla concluyentes, se limita en sustancia a declarar lo que ya existía. No lo declarará en el caso contrario.

"O sea, que la acción de estado civil es fundamentalmente declarativa, aunque de allí emanen consecuencias de orden vario, que son los efectos propios del mismo estado.

"Si la acción de paternidad es, pues, declarativa, si se apoya en hechos de parentesco natural que dependen, no de creaciones artificiales, sino de motivos atinentes a la existencia de la sociedad; si todo ello no hace relación directa e inmediata a la materialidad concreta del patrimonio o de la herencia, es el caso de admitir que la filiación y el estado consecuencial están en primer término y sirven precisamente de causa y fundamento al derecho hereditario.

"Dentro de esa prelación se encuentra ante todo la necesidad de establecer el estado civil, de contenido imponderable, y sólo después el dere-

cho hereditario, en sentido estricto, de contenido puramente material.

"Y así, cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia. No porque en nuestro derecho exista la categoría del heredero necesario, sino porque ya consumados los hechos de donde arranca la filiación natural, escapan a la voluntad de los hombres, como escapa también a la voluntad humana el parentesco de la sangre y la consecuencial vocación hereditaria dentro de nuestro régimen jurídico.

"Esta es precisamente la situación de necesidad en que se encuentra el continuador legal por la sangre del padre fallecido, ante la acción del pretenso hijo natural, que demanda su estado civil, por más que se trate de heredero voluntario y, por lo mismo, libre para aceptar o repudiar la herencia, considerada puramente como universalidad material de bienes. El no haberla aceptado todavía no le despoja ciertamente de los vínculos de la sangre con el difunto, lo cual conlleva la continuación de su personalidad para los efectos extrapatrimoniales; máxime cuando no se trata de derechos sino propiamente de deberes legales fundados en las nociones de familia y parentesco, que se imponen a la voluntad, que no son susceptibles de renuncia, que la muerte misma no puede extinguir, y menos cuando hay intereses superiores, de trascendencia social, allí vinculados.

"El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arranca de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es, el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia.

"Es tan cierto lo que antecede como que si, en el campo de la filiación legítima, el hijo no acepta la herencia de su padre, no por ello se despoja de su estado civil, ni pierde el parentesco con la familia de su progenitor.

"Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero".

De acuerdo con esta doctrina —que la Corte reitera en el presente fallo— el ejercicio de la acción de filiación natural no conlleva necesariamente la acción de petición de herencia, siendo entendido que el ejercicio de la acción de simple estado civil es procedente aún después de muerto el padre, desde luego con efectos circunscritos a quienes hayan sido partes en el litigio.

En consecuencia, nada impide que el hijo natural aspire sólo a obtener la declaración correspondiente, o sea a definir su estado civil, sin que tenga en mientes, ni pretenda, que sea llamado a la herencia del presunto padre.

Y esta acción no se le puede desconocer por el solo hecho de que pretenda únicamente la definición del estado de hijo natural, aún muerto el padre. Por esto incurrió en error el Tribunal al confundir los efectos patrimoniales con los extrapatrimoniales en relación con la petición de Betsabé López, y por ello violó el artículo 4º de la ley 45 de 1936, por infracción directa y el art. 28 del mismo estatuto, por interpretación errónea.

Pero acontece que auncuando el recurrente tiene razón en el cargo que formula, esto no incide en casación, toda vez que de las pruebas presentadas al proceso no se deduce que la acción haya demostrado que realmente es hija natural de Fortunato Restrepo, y por tanto, si se casara la sentencia, habría necesidad de absolver a los demandados —que fue lo que hizo el Tribunal— llegando a la misma conclusión a que llega la sentencia.

Que las pruebas presentadas por la actora no demuestran el hecho que alega, es evidente, como se desprende del siguiente análisis que se hace de las que obran en el proceso, para justificar lo dicho arriba. La prueba de mayor fuerza es la que se hace consistir en la confesión (como la denomina la actora) que hizo Fortunato Restrepo cuando en memorial al Alcalde Municipal de Jericó, dijo:

"Por memorial fechado en esta ciudad el catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta, el señor Rafael Zapata pidió a esa alcaldía se le exigiera fianza de buena conducta a la señora

Sixta Tulia López, dizque porque estaba dando escándalo público y notorio con Fortunato Restrepo, que soy yo, porque entraba a ver a mis hijas, que viven con su madre que es Sixta Tulia López..... se hace la perentoria afirmación que tengo o voy a efectuar relaciones ilícitas con la señora López mencionada, cosa esa absolutamente falsa porque en nada, fuera de visitar a mis hijas, iba a esa mencionada casa, cosa que puedo hacer en todo momento como padre que tiene derecho a visitar a sus hijos cuando le plazca".

Esta declaración no demuestra que Fortunato Restrepo confesara que Betsabé López es su hija natural, porque en ninguna parte la cita por su nombre y porque no está demostrado a qué personas se refería el memorialista cuando habla de sus hijas; ni se sabe cuántas personas vivieran en casa de la López. Esta declaración de Restrepo puede, cuando más, tenerse por un principio de prueba que obre como simple indicio y que debe ser fortalecido por otros medios de prueba idóneos al caso.

Aparecen del expediente las siguientes declaraciones:

Marcos Osorio.—"Fortunato Restrepo, durante diez y siete años trató como su hijas naturales a Sabina, Laura y Betsabé López, y digo que las trató en esta forma, porque una ocasión muy recien llegado yo a Guacamayal, le dije a don Fortunato que si me arrendaba en su manga de El Chuscal para echar una vaquita y entonces me contestó que no podía porque fuera de que tenía que echar allí sus vacas, le tenía que tener a Sixta Tulia López cuatro vacas para sus hijas; yo veía a don Fortunato comprar cosas para llevárselas a ellas y lo veía también a don Fortunato junto con ellas en la plaza. Me parece que al don Fortunato salir con sus hijas y comprar cosas para ellas, siempre sería que les proporcionaba modo de vivir y de educarse".

Angel Ruiz.—Yo no puedo asegurar si entre Sixta Tulia López y don Fortunato Restrepo existieran relaciones carnales, presumo esos hechos, porque cuando yo vivi en Guacamayal, por muchas veces ví a don Fortunato visitando a Sixta Tulia López en su casa de dicho paraje.... y de allí el que presuma que los hijos o hijas que haya tenido la nombrada Sixta Tulia López sean del señor Fortunato Restrepo".

Pablo Restrepo.—".....Hace unos diez años poco más o menos me tocó ver al señor Fortunato Restrepo conversando en el atrio de la catedral vieja de esta ciudad con María Sabina y Betsabé López; allí en el atrio se paraban a conversar por mucho rato y luego veía yo que don Fortunato sacaba dinero y les daba a ambas.. y en dos ocasiones que yo pasaba por el frente de la casa de Sixta Tulia López ví a don Fortunato en el interior conversando con Sixta Tulia, López..... y me imagino que al estar en esa casa también iría con el fin de visitar a las hijas de Sixta Tulia, las que se dice son hijas naturales de don Fortunato, pues éste ha sido el comentario público en esta ciudad desde hace muchos años....."

Jesús Correa.—"El señor Fortunato Restrepo se mostró siempre muy amable con Sabina, Laura y Betsabé López; esto lo puede presenciar cuando Sixta Tulia López vivía en Guacamayal, pues allí iba con frecuencia el citado don Fortunato a visitar a dichas muchachas, con las que salía de la mano y se dirigía a la manga del Chuscal, en donde caminaba con ellas y luego las volvía a traer a la casa y él se venía para el pueblo. Debido a estas manifestaciones de don Fortunato para con esas muchachas deduzco el trato que les daba como si fueran sus hijas.... aquí, en Jericó, es voz popular que dichas muchachas López son hijas naturales del citado Fortunato; a mí no me consta personalmente que sean sus hijas naturales únicamente deduzco que sean sus hijas por lo que ya dije....."

Jesús María Suaza.—"Personalmente lo ví y por eso me consta que por varias ocasiones, el señor don Fortunato Restrepo se sentaba en el corredor de la casa de Sixta Tulia López.... rodeado de las hijas de ésta y de nombres Sabina, Laura y Betsabé López, a las que se dedicaba a acariciar y a abrazar como lo hace un padre con sus hijos".

Ramón Tangarife.—"Por comentarios de la gente se decía que esas niñas eran hijas de don Fortunato Restrepo. No llegué a ver a don Fortunato visitando a las que se dicen ser sus hijas en casa de Sixta Tulia López; en cambio yo sí ví al citado don Fortunato conversando aquí en la plaza con las mentadas Sabina, Laura y Betsabé López....."

Manuel Espinosa.—"Al señor Fortunato Restrepo, poco tiempo antes de morir, lo ví que ve-

ria un día de la capilla del brazo de una de las hijas de Sixta Tulia López.... también me tocó por varias veces, sin que de esto me recuerde cuántos años hace, ver al señor Fortunato Restrepo en casa de Sixta Tulia López....."

Luis Gómez.—"Me consta de manera personal por haberlo visto, que el señor don Fortunato Restrepo, durante más de treinta años trató como sus hijas naturales a Sabina, Laura y Betsabé López, pues por muchas veces lo ví en casa de Sixta Tulia López en Guacamayal haciéndoles visita, fuera de que aquí en el pueblo también lo ví andando con dichas muchachas. También el comentario general ha sido de que las mencionadas López son hijas naturales del señor Fortunato Restrepo; yo oí decir que don Fortunato Restrepo les ayudaba a esas muchachas en todo y por eso les mantenía algunas vacas en la manga....."

Francisco Venegas.—"Hace veintitres años que vivo en el paraje de Guacamayal de este municipio y durante dicho tiempo me consta personalmente y así es la verdad, que el señor don Fortunato Restrepo trató a Sabina, Laura y Betsabé López como a sus hijas naturales, pues les pasaba lo necesario les ayudaba en sus necesidades, y por muchas veces ví al citado don Fortunato Restrepo en casa de Sixta Tulia situada en Guacamayal en esa época visitándolas y rodeado de ellos....."

Martín Tangarife.—"Es verdad y me consta de manera personal que el señor Fortunato Restrepo durante treinta años trató como a sus hijas naturales a Sabina, Laura y Betsabé López, pues en alguna ocasión me manifestó el mismo don Fortunato que él quería a dichas muchachas como a sus hijas naturales y les tenía lástima más que a sus hijos legítimos; me consta también que el mismo don Fortunato les mandaba leña a esas muchachas a la casa de su madre Sixta Tulia López; también les mantenía vacas en la manga del Chuscal, pero ignoro si era que don Fortunato se las regalaba y no me consta si el mismo don Fortunato les mantendría dicha manga a las citadas López como cosa propia para que así la disfrutaran....."

Lucrecia Torres.—"No sé el trato que el citado señor Restrepo les hubiera dado durante treinta años o más a dichas muchachas y si las trataría como a sus hijas naturales; tampoco sé si la manga denominada "El Chuscal", de este municipio, se las tendría por todo ese tiempo dicho señor don Fortunato Restrepo como cosa propia para así disfrutarla las mencionadas López....."

Más o menos en el mismo sentido declaran los demás testigos presentados, pero de tales testimonios no aparecen los hechos concretos necesarios para inducir que realmente Betsabé López fuera hija natural de Fortunato Restrepo.

Lo vieron conversando con ella en la plaza de Jericó, en la casa de Sixta Tulia López, en la manga del Chuscal; oyeron decir que Fortunato Restrepo era el padre natural de Betsabé López, juzgan que esto es así, por deducciones que hacen los testigos; pero ni relatan hechos concretos que demuestren que Restrepo proveyera a la subsistencia de la citada Betsabé, ni que hubiera hecho nada por educarla poniéndola en el colegio o escuela pública de Jericó, ni afirman que la manga del Chuscal la hubiera donado Restrepo a la López ni saben si ésta pagaría o nó pastaje por las vacas que allí sostenía Sixta Tulia López.

El conjunto de testimonios aducidos no demuestra ni la existencia de relaciones sexuales establecidas entre Fortunato Restrepo y Sixta Tulia López, ni la posesión notoria del estado de hija natural de Betsabé respecto a don Fortunato. Los testigos no coinciden en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues nada concretan respecto a la época en que vieron sucederse los hechos sobre que deponen. Además de las visitas a la casa de Sixta Tulia y de las conversaciones de Restrepo con Betsabé en la plaza principal de Jericó, nunca puede deducirse que el primero fuera el padre natural de la segunda.

Y como con las pruebas aducidas y brevemente estudiadas no podría declararse el estado de hija natural que pide la actora, entonces no conduce a nada casar la sentencia que se revisa, por cuanto que, como ya se dijo, la conclusión en instancia sería igual a la que trae la sentencia, es decir, absolutoria para los demandados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario de Betsabé López contra Amalia Toro de Restrepo y otros.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — EL INSUCESO DE UNA DEMANDA JUDICIAL NO SIGNIFICA NI PUEDE SIGNIFICAR, POR SI SOLO, ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DEL DEMANDANTE

1.—El contrato de arrendamiento de cosas expira por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas contenidas en el capítulo 4º del título 26 del libro 4º del Código Civil.

2.—La copia autenticada de una sentencia, como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión.

3.—Las pruebas practicadas en un juicio tienen valor en otro juicio, seguido entre las mismas partes, pero para esto es necesario que se reproduzcan en este último; un fallo por sí solo, no constituye plena prueba de los hechos admitidos en él.

4.—Si cuando se notifica la cesión de un contrato de arrendamiento, la arrendataria se encuentra en mora, el cesionario puede ejercer contra ella las acciones judiciales que estime conducentes, con base en el incumplimiento del contrato.

5.—Hay error de derecho, cuando en la apreciación de una prueba se infringe la ley que la establece y que señala el valor que le corresponde, o en otros términos, el error de derecho implica la transgresión de un precepto legal sobre régimen probatorio.

6.—Hay error de hecho cuando el fallador considera como no probado un hecho por haber ignorado o no haberse dado cuenta de la existencia en el proceso de un medio probatorio que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió.

7.—El insuceso de una demanda judicial no significa ni puede significar, por sí solo, abuso del derecho por parte del demandante.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a treinta de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes

Contrato de arrendamiento.— Francisco Caicedo B., obrando en representación de los sucesores de Beatriz de Caicedo, dio en arrendamiento a Edith Durret de Sellarés un local situado en la ciudad de Cali, según contrato que se hizo constar en documento privado de 24 de abril de 1942. Se estipuló como término de duración el de dos años, contados a partir del 15 de mayo de ese año; como canon de arrendamiento se fijó el de doscientos pesos mensuales pagaderos en los cinco primeros días de cada mes.

Venta del inmueble arrendado.— Los arrendadores vendieron a Ciro Castillo M., el edificio de que forma parte el local arrendado, por escritura pública número 283 de 14 de febrero de 1944, de la notaría 2ª de Cali.

Cesión del contrato de arrendamiento.— Francisco Caicedo B., cedió a Ciro Castillo M., todos los derechos provenientes del referido contrato de arrendamiento, según aparece en nota puesta al pie del respectivo documento, fechada el 14 de febrero de 1944, que dice: "Cedo por igual valor recibido el presente contrato, para todas las acciones civiles y para los efectos de pago a partir del mes de marzo inclusive en adelante, al señor don Ciro Castillo M., portador de la cédula de ciudadanía 1050205". Esta cesión le fue notificada a Edith Durret de Sellarés el 26 de abril de 1944, por el juzgado segundo municipal de Cali.

Pago por consignación.— En escrito fechado el 31 de marzo de 1944, presentado al juzgado municipal de Cali, Edith Durret de Sellarés ofreció pagar por consignación los cánones de arrendamiento, oferta a la cual se opuso Castillo. Lo actuado en estas diligencias se declaró nulo, a petición del mismo Castillo.

Demanda posesoria de Castillo contra Caicedo. En demanda presentada al juez del circuito de Cali, pidió Castillo que por los trámites señala-

dos en el capítulo 1º, título 28, del libro 2º del código judicial, se le hiciera entrega del inmueble comprado por escritura pública 293 de 1944 de la notaría segunda de Cali. El juzgado, en sentencia de 12 de mayo del mismo año, ordenó la entrega, pero ésta no pudo realizarse debido a la oposición formulada por Edith Durret de Sellarés.

Juicio de lanzamiento.— Ciro Castillo, en demanda contra Edith Durret de Sellarés, presentada al juez municipal de Cali el 27 de abril de 1944, pidió la restitución del local arrendado. Expresó en la demanda que "la arrendataria pagó el canon de arrendamiento correspondiente a febrero al señor Francisco Caicedo B., y se encuentra en mora de pago de los meses correspondientes a marzo y abril conforme al contrato que se me ha cedido, pues con la demandada no tengo ningún contrato celebrado, además la arrendataria renunció expresamente a los requerimientos judiciales de que trata el artículo 2035 del Código Civil".

A esta demanda se opuso la demandada, el juicio se abrió a pruebas y el juzgado, surtida la tramitación correspondiente, ordenó el lanzamiento en sentencia de 1º de julio de 1944, contra la cual la demandada interpuso recurso de apelación que le fue concedido en efecto devolutivo. Por otra parte, pidió la demandada que no se ejecutara el fallo, petición a la cual no accedió el juzgado.

La inspección segunda de policía, comisionada por el juzgado segundo municipal, efectuó el lanzamiento el día 27 de julio de 1944. Se advierte que el funcionario comisionado no admitió una oposición formulada por persona que adujo la calidad de secuestre judicial de las mercancías que se hallaban en el local.

El juez segundo del circuito de Cali, a quien correspondió conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia de lanzamiento, resolvió revocarla, en fallo de 24 de agosto de 1944. Devuelto el expediente al juzgado municipal, éste ordenó que se archivara. En la providencia de que se habla expone el juez del circuito: que según las declaraciones de los testigos citados por la demandada, ésta le ofreció al actor el pago de los cánones de arrendamiento, ofrecimiento que fue rehusado con expresiones de confianza para la demandada; que el contrato de arrendamiento le fue cedido a Castillo pero que el vínculo jurídico entre éste y la arrendataria sólo surgió con la aceptación de la última, de tal manera que nada significa la circunstancia de que los ofrecimientos de pago no le hubieran sido hechos a Castillo en los cinco primeros días del mes de marzo; y que la aceptación de la cesión del contrato de arrendamiento por parte de Castillo pone de manifiesto que éste convino en que el local continuara arrendado.

Demanda ordinaria de Edith Durret de Sellarés contra Ciro Castillo. — En ella se piden las siguientes declaraciones: "Primera. — Que el señor Ciro Castillo M., en sus actuaciones judiciales y extrajudiciales de que hablan los hechos de esta demanda, tendientes a adquirir la entrega del local determinado y especificado en el hecho primero de este escrito procedió sin derecho, y en caso de haberlo tenido, hizo de él un uso doloso, anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente y excesivo. Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Ciro Castillo M., debe pagarme, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente o la mayor o menor que fijen peritos dentro de este juicio, como perjuicios morales por sus actuaciones contra mí y por el resultado de dichas actuaciones. Tercera. — Que como consecuencia de la misma declaración, el señor Ciro Castillo M., debe pagarse la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente o la mayor o menor que dentro de este juicio fijen peritos, como perjuicios materiales por sus actuaciones contra mí, y por el resultado de esas actuaciones.— Cuarta. Que desde la fecha de esta demanda, el señor Ciro Castillo M., me debe los intereses legales de las cantidades a que fuere condenado. Quinta. Que el señor Ciro Castillo M., debe pagar las costas de este juicio si su temeridad llegare hasta afrontarlo".

En la demanda aparecen relatadas las diversas actuaciones judiciales de que ya se ha hablado; se expresa que el demandado procedió en ellas sin derecho o, por lo menos, con abuso del derecho, con dolo, culpa o negligencia; y se especifican los perjuicios morales y materiales sufridos por la demandante a consecuencia de las referidas actuaciones del demandado, así: "El señor Castillo el día del lanzamiento, hizo espectacular despliegue de fuerza. Con los carros de la policía y con un gran número de agentes, procedió por la fuerza al lanzamiento sacando mis existen-

cias y muebles a la plaza de Caicedo lo cual fue presenciado por toda la ciudad que se aglomeró a ver el espectáculo. Como consecuencia de esto y la creencia general de que yo estaba en mora de pagar los arrendamientos, mi negocio quedó arruinado y mi crédito destruído. Recibí, por este concepto, perjuicios morales de toda índole que estimo en la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente. En el local materia del lanzamiento existía un taller de modistería, el mejor de Cali, en el cual trabajaban diariamente de veinticinco a treinta operarias con sus respectivas máquinas. Con el lanzamiento, quedó definitivamente suspendido este taller y las obreras sin trabajo. Tanto los elementos de este taller, como las existencias de mercancías, fueron guardadas en diversas partes. No teniendo yo un local dónde trasladarme, me vi en la penosa necesidad de servirme de amigas de Cali para que me guardaran esos elementos. Solamente ahora, y en muy pequeña escala estoy buscando la forma de organizarme nuevamente. Por consiguiente, recibí toda clase de perjuicios materiales con las actuaciones del señor Castillo. Los estimo en la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente".

El demandado negó los hechos fundamentales de la demanda y se opuso, en consecuencia, a las pretensiones en ella expuestas.

Demanda de reconvención.—En ella se piden las siguientes declaraciones: "Primera. — Que la señora Edith Durret de Sellarés debe pagarme la suma de diez mil pesos, o la mayor o menor cantidad que se fije por peritos en el juicio como resarcimiento pleno de todos los perjuicios ocasionados por la mora de entregar el local que le fue dado en arrendamiento de acuerdo con el contrato de 24 de abril de 1942, que me fue cedido válidamente por el arrendador primitivo. Segunda. Que la señora Edith Durret de Sellarés debe pagarme la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) valor del recargo que tuve que pagar con motivo de las reparaciones materiales que se hicieron imposibles de verificar por la negativa de entregar el local en el término debido. Tercera. Que la señora Edith Durret de Sellarés debe reconocer y pagar el valor del acarreo de las mercaderías mediante el reintegro de las sumas que pagué a los acarreadores el día 27 de julio del corriente año. Cuarta. Que la señora Edith Durret de Sellarés debe pagar las costas de este juicio, si lo afrontare".

Sentencia de primera instancia. — En ella se decidió: "Primero. El señor Ciro Castillo M., en sus actuaciones judiciales y extrajudiciales de que hablan los hechos de la demanda de la señora Edith Durret de Sellarés que motiva el presente fallo, tendiente a lograr la entrega del local determinado en el hecho primero de la demanda, procedió sin derecho e hizo de las disposiciones en que se basó un uso doloso, mal intencionado, imprudente, inconducente y excesivo. Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, el señor Ciro Castillo M., está obligado a pagar a la señora Edith Durret de Sellarés los perjuicios morales y materiales que le ocasionó con el lanzamiento que se llevó a cabo como consecuencia de la sentencia proferida por el Juez 2º Civil Municipal de Cali con fecha 1º de julio de 1944. Tercero. Los perjuicios a que se refiere el punto anterior serán regulados en la forma establecida en el artículo 553 del Código Judicial en materia civil. Cuarto. El señor Ciro Castillo M., pagará intereses legales sobre los perjuicios que en definitiva fueren fijados a partir de la fecha en que se ocasionaron. Quinto. Absuélvese a la señora Edith Durret de Sellarés de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda de reconvención que en el presente juicio le formuló el señor Ciro Castillo M. Sexto. Condénase en costas al demandado Ciro Castillo M.".

Sentencia acusada. — Apelado por la parte demandada el fallo de primer grado para ante el tribunal superior de Cali, éste lo revocó y en su lugar resolvió: "Primero. Se absuelve al señor Ciro Castillo M., mayor de edad y vecino de Cali, de los cargos que le fueron formulados en la demanda de fecha 21 de octubre de 1944. Segundo. Se absuelve igualmente a la señora Edith Durret de Sellarés, también mayor de edad y vecina de Cali, de todos los cargos contenidos en la demanda de reconvención fechada el 29 de noviembre de 1944. Tercero. Se declaran improcedentes las excepciones perentorias alegadas. Sin costas en ninguna de las instancias".

Motivos del tribunal.—Para absolver al demandado, considera el sentenciador:

En relación con el juicio posesorio promovido por Castillo contra Caicedo: "Cedido el contrato de arrendamiento por el vendedor Caicedo a su comprador Castillo desde el 14 de febrero de 1944, según lo confiesa este último, mal podía promover juicio por los trámites del posesorio el 24 de abril de 1944, para que se obligara a Caicedo

a realizar la entrega del inmueble. La cesión del contrato y la consiguiente aceptación de ella por Castillo (aceptación que se presume desde el momento en que pidió se notificara de ella a la arrendataria), creó entre Castillo y la señora Durret de Sellarés, según se ha visto, relaciones jurídicas propias regidas por las estipulaciones del contrato de arrendamiento cedido. Y si ocultando o pasando por alto los efectos de esta cesión, Castillo demandó a Caicedo para que le entregara el inmueble, excedió el derecho de litigar evidentemente. Pero tal exceso no perjudicaba ni afectaba en manera alguna a la arrendataria señora Durret cuya posición jurídica no se alteraba ni modificaba porque en el fondo era para ella lo mismo ser arrendataria de Castillo o de Caicedo mientras se consideraran vigentes sus derechos de arrendataria del local que ocupaba con su almacén, derechos que tenían como origen el contrato de arrendamiento y no la persona del arrendador. Por lo tanto, aceptado que hubo exceso del derecho de litigar por parte de Castillo al demandar a Caicedo, tal exceso daría pie al último para reclamar si consideraba tal actuación como perjudicial para sus intereses, pero no generaba acción a favor de la señora Durret de Sellarés a quien ni afectaba ni perjudicaba tal exceso que, según aparece comprobado en el juicio, no llegó a producir ningún efecto contra ella porque cuando se trató de hacer efectiva la sentencia proferida bastó la oposición suya para que se le dejara el local en su poder (fs. 42v., del cuaderno 2º). Y cuando esta oposición quedó resuelta en definitiva mediante providencia del tribunal superior dictada el 17 de febrero de 1945 (fojas 52 del mismo cuaderno), ya se había efectuado el lanzamiento material de la arrendataria el 27 de julio de 1944 (fs. 127 del cuaderno citado). Otra situación, bien distinta por cierto, se hubiera planteado si como consecuencia de este juicio la señora Durret hubiera perdido la tenencia del local donde funcionaba su almacén".

En lo que respecta al juicio de lanzamiento y a la diligencia efectuada en ejecución del fallo proferido por el juzgado municipal: "Nadie negará que la señora Durret de Sellarés tuvo pleno conocimiento de la situación futura en vista del resultado del juicio y de la concesión del recurso en el efecto devolutivo. Desde el 6 de julio, según su manifestación expresa, supo que el lanzamiento había sido decretado y desde esa fecha hasta el día en que ocurrió el lanzamiento, medió tiempo suficiente para conseguir, si no un local adecuado donde pudiera continuar funcionando su establecimiento comercial, por lo menos una bodega o un depósito donde pudiera guardar sus mercancías, para eximirse del espectáculo de ver sus pertenencias lanzadas a la calle con el consiguiente perjuicio que esto implicaba para sus intereses. Confió seguramente la demandada en los resultados de las gestiones que pudieran realizar sus representantes o en la condescendencia del demandante o en la interpretación favorable que pudiera darse a una oposición formulada en el momento mismo de practicar el lanzamiento, y así a pesar del cartel que se fijó en la puerta de su almacén el 25 de julio previniéndole que la diligencia se efectuaría el 27, no tomó ninguna medida para evitar los perjuicios de que ahora se queja".

En cuanto a la providencia del juzgado segundo del circuito, que revocó la sentencia de lanzamiento: "Si el juzgado se equivocó en la apreciación de las pruebas y como consecuencia ordenó el lanzamiento, puede achacarse a la parte demandante responsabilidad en las consecuencias que produjo esa resolución que, se repite, aparece dictada de acuerdo con las normas procesales y en ejercicio de un derecho claramente reconocido en las leyes? Puede decirse con fundamento que el demandante abusó de su derecho?". Después de transcribir conceptos de expositores y fallos de la Corte sobre la teoría del abuso del derecho, concluye: "Es suficiente lo expuesto para concluir que Ciro Castillo al demandar a la señora Edith Durret de Sellarés en juicio de lanzamiento, no abusó del derecho que la ley le concedía como arrendador, porque ese juicio se desarrolló de acuerdo con el fin propio e inmediato que es obtener la desocupación y su tramitación se mantuvo dentro de las normas procesales pertinentes sin que aparezca demostrado que por parte del actor hubo intención maliciosa de perjudicar ni culpa en el ejercicio de su acción. No se ve entonces la razón por la cual, a pesar de la diferencia de apreciación entre los juzgadores de primera y segunda instancia de ese juicio de lanzamiento, tenga el actor que responder por los perjuicios de antemano previsibles que se causaron a la demandada con ocasión de la diligencia de lanzamiento, máxime cuando ésta ocurrió después de vencido el término estipulado para la duración del contrato de arrendamiento".

La casación

Invoca el recurrente la causal primera para acusar el fallo por los siguientes extremos:

Primero: violación de los artículos 2341 y 2356 del código civil, como consecuencia de error de derecho cometido por el sentenciador en la apreciación de la prueba consistente en la copia debidamente autenticada de la sentencia dictada por el juez segundo civil del circuito de Cali en el juicio de lanzamiento. Dice a este respecto el recurrente: "En resumen, la sentencia de segundo grado del circuito de Cali en el juicio de lanzamiento de Ciro Castillo contra Edith Durret de S., fija en forma clara y precisa la posición de las partes y de ella se desprende como base jurídica de la absolución de la arrendataria estas dos modalidades principales: a) que el demandante señor Castillo no solamente no probó la causal alegada como fundamento de la acción sino que deliberadamente, con evasivas y engaños, colocó a la demandada señora Durret de S. en situación aparente de mora; b) que el objeto del juicio fue uno de los medios (el otro era el posesorio) de conseguir la desocupación del local antes de la terminación del plazo estipulado, abusando de su condición de dueño del inmueble y sin tener en cuenta para nada la de arrendador que había adquirido desde la misma escritura de compra y desde la aceptación de la cesión del contrato de arrendamiento que le hicieron sus vendedores.

Y si tal es la letra y el sentido del fallo de segunda instancia que revoca la orden de entrega; si ese fallo que tiene el carácter de sentencia definitiva conforme al C. J., ha sido presentado como prueba, juntamente con toda la actuación del juicio de lanzamiento y las copias de dos juicios más que contribuyen a hacer más patente la responsabilidad del demandado; y si los documentos públicos hacen plena prueba (artículo 632 C. J.) respecto de su contenido, es evidente que el H. Tribunal de Cali en la sentencia acusada, incurrió en error de derecho al apreciar el fallo como un concepto del Juez en lugar de darle el valor de plena prueba de la forma como ocurrieron los hechos en el juicio de lanzamiento".

Segundo: violación de los artículos 2341 y 2356 del código civil, proveniente de errores de hecho y de derecho consistentes en la falta de apreciación de la confesión del demandado Castillo en posiciones, lo mismo que en la contestación de la demanda "El Tribunal de Cali en su sentencia pasa por alto la prueba de confesión —que ni siquiera menciona— de ser cierto que los juicios propuestos eran meros pretextos para lograr la entrega del local antes del vencimiento del plazo pactado, no razones jurídicas de sus derechos de arrendador violados, porque en la mente el señor Castillo sólo tenía conciencia de su derecho de dominio para usar y abusar de él".

Tercero: violación de los artículos 1666, 1960, 2351 y 2356 del código civil por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba sobre cesión y notificación del contrato de arrendamiento. Al respecto anota el recurrente: que a Castillo le fue cedido el contrato de arrendamiento pero que esta cesión sólo tuvo efecto cuando se le notificó a la arrendataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1960 del código civil; que la cesión se notificó el 28 de abril de 1944 y que sólo a partir de ese día podía contarse el plazo de cinco días estipulado para el pago del canon de arrendamiento. "Según la interpretación del H. Tribunal y en ella consiste el error de derecho de que acuso a la sentencia, en el acto de la notificación de la cesión y sin ninguna otra formalidad ni requisito, quedaba de plazo vencido la obligación y de imposible cumplimiento, porque dentro del orden cronológico ni siquiera idealmente se podrían retrotraer los efectos jurídicos de la notificación al cinco de marzo para ofrecer el pago".

Cuarto.—Violación de los artículos 2341 y 2356 del código civil, en relación con el artículo 697 del código judicial, por falta de apreciación de las declaraciones de César Mendoza y María L. Scarpetta de Basurto, conforme a las cuales la arrendataria ofreció a Castillo pagar las rentas a su vencimiento y éste evadió el recibo. "Esa falta de apreciación de los testimonios lleva al Tribunal al error de considerar que mi mandante sufrió los perjuicios del lanzamiento por obstinada y terca imprudencia, o confiando en la labor que pudiera hacer su abogado para resistir la orden judicial, cuando en verdad la fuerza que tuvo mi mandante para resistir las ambiciones del señor Castillo hasta el momento de ser desalojada por la fuerza pública, fue la confianza en haber procedido, ella sí, conforme a derecho y en la justicia de la República".

Examen de los cargos

A) Antes de entrar a analizar las acusaciones que se dejan resumidas, considera necesario la Corte anotar:

a) Que el contrato de arrendamiento de cosas expira por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas contenidas en el capítulo 4º del título 26 del libro 4º del código civil;

b) Que el contrato de arrendamiento a que se refiere la demanda se celebró por documento privado y que, en consecuencia, Castillo, comprador del inmueble, no estaba obligado a respetar el arriendo (artículo 2020 del código civil);

c) Que, terminado el contrato de arrendamiento por la venta del arrendador a Castillo, podía éste exigir la restitución de la cosa arrendada; por su parte, la arrendataria tenía acción contra el arrendador para exigirle la indemnización de los perjuicios correspondientes a la terminación del contrato de arrendamiento (artículo 2019 del código civil);

d) Que, por otra parte, el referido contrato de arrendamiento, según se ha visto, se celebró por un término de dos años que comenzaron a contarse el día 15 de mayo de 1942, es decir, que vencía el 15 de mayo de 1944. De tal manera que al asumir Castillo, voluntariamente, la calidad de arrendador, hubiera podido exigir la restitución de la cosa arrendada en esta última fecha, con perfecto derecho (artículos 2005 y 2008 del código civil);

e) Que si el demandado Castillo no acertó en la elección del procedimiento adecuado para obtener la restitución de la cosa arrendada, ello es que ésta sólo se efectuó el día 27 de julio de 1944, esto es, más de dos meses después de vencido el término señalado al contrato de arrendamiento.

B) En cuanto a los cargos formulados al fallo, se considera:

1º—En lo que respecta al error de derecho que el recurrente le atribuye al sentenciador en la apreciación de la sentencia dictada por el juez del circuito en el juicio de lanzamiento:

Que, como es bien sabido, hay error de derecho cuando, en la apreciación de una prueba, se infringe la ley que la establece y que señala el valor que le corresponde, o en otros términos, el error de derecho implica la transgresión de un precepto legal sobre régimen probatorio;

Que en el cargo que se examina se señala como violada la disposición del artículo 632 del código judicial, sobre documentos auténticos;

Que la copia autenticada de una sentencia, como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión;

Que las pruebas practicadas en un juicio tienen valor en otro juicio, seguido entre las mismas partes, pero para esto es necesario que se reproduzcan en este último; un fallo, por sí solo, no constituye plena prueba de los hechos admitidos en él;

Que, de acuerdo con lo que acaba de expresarse, la sentencia dictada por el juez del circuito es plena prueba de que en ella se revocó la providencia del inferior que ordenó el lanzamiento, por haberse hallado infundada la demanda, pero no constituye plena prueba de los hechos que el juez admitió como verdaderos;

Que, a mayor abundamiento, puede observarse que si es cierto que el juez del circuito consideró infundada la demanda de lanzamiento, también lo es que no la halló maliciosa o temeraria ya que no hizo la condenación en costas prevista en el artículo 676 del código judicial, vigente en la fecha en que se dictó tal providencia;

Que la sentencia de que se trata sólo demuestra que el juicio de lanzamiento se resolvió en forma adversa a las pretensiones del demandante, pero es claro que el simple hecho de promover una acción judicial no es constitutivo de mala fe o de culpa por la sola circunstancia de que el demandante pierda el pleito: lo contrario sería atentar contra el derecho esencial que tiene toda persona de acudir a los procedimientos judiciales;

Que el sentenciador le atribuyó a la providencia de que se habla el mérito que le corresponde conforme a la ley, y que por tanto no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

2º—En relación con el error de hecho que se hace consistir en no haber apreciado el sentenciador la declaración del demandado en posiciones, según la cual, al promover los juicios contra el vendedor y contra la arrendataria, sólo se propuso obtener la desocupación del local;

Que hay error de hecho cuando el fallador considera como no probado un hecho por haber ignorado o no haberse dado cuenta de la existencia en el proceso de un medio probatorio que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió;

Que la declaración del demandado en posiciones, citada por el recurrente, sólo dice que los referidos juicios fueron promovidos para obtener la restitución de la cosa arrendada;

Que ese hecho no aparece desconocido o negado por el sentenciador: por el contrario, expresamente lo afirma: simplemente expone, como ya se vio, que el demandado Castillo, al promover el juicio contra Caicedo incurrió en exceso, pero que no causó perjuicio a la arrendataria, y que al promover el juicio de lanzamiento no incurrió en abuso del derecho. Así aparece en las transcripciones que de las partes pertinentes del fallo acusado se hicieron en otra parte del presente.

Por lo dicho se declara infundado este cargo.

3º—En lo concerniente a la acusación por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba sobre la cesión del contrato de arrendamiento y la notificación de la misma a la arrendataria:

Que el tribunal no desconoce tales hechos, es decir, la cesión del contrato y la fecha de la notificación; y que, por otra parte, les da a los respectivos documentos el mérito que legalmente les corresponde. No hay por tanto errores ni de hecho ni de derecho en la estimación de tales pruebas;

Que el tribunal no le atribuyó a la cesión los efectos señalados por el recurrente, con lo cual no incurrió en ningún desacierto. A este respecto basta observar que la notificación de la cesión no pudo tener como consecuencia la de restituir un término o plazo ya vencido, como equivocadamente lo cree el recurrente, o en otras palabras, es absolutamente inaceptable su concepto según el cual, notificada la cesión el 26 de abril, disponía la arrendataria de un término de cinco días, contados a partir de tal fecha, para pagar el canon de arrendamiento correspondiente al mes de marzo: si cuando se notificó la cesión ya la arrendataria estaba en mora, es claro que el cesionario podía ejercer contra ella las acciones judiciales que estimara conducentes, con base en el incumplimiento del contrato.

4º—En lo referente al error de hecho que se hace consistir en la falta de apreciación de las declaraciones de César Mendoza y María de Basurto, según las cuales la arrendataria le ofreció a Castillo el pago de los cánones de arrendamiento y éste no lo aceptó:

Que aun admitiendo que tales declaraciones puedan tener el alcance que les atribuye el recurrente, esto sólo significaría que la demanda de lanzamiento, en la fecha en que se promovió, carecía de fundamento por cuanto la arrendataria no estaba en mora en el pago de los cánones y que, por tanto, obró acertadamente el juez del circuito al revocar la sentencia del inferior, pero, como ya se ha expuesto, el insuceso de una demanda judicial no significa ni puede significar, por sí solo, abuso del derecho por parte del demandante;

Que aun aceptando que el demandante hubiera incurrido en culpa al promover una demanda de lanzamiento infundada, es lo cierto que tal demanda sólo vino a producir el resultado buscado por el actor más de dos meses después de la fecha en que el contrato de arrendamiento quedó vencido. En esa fecha, independientemente de la demanda de lanzamiento que el juez del circuito encontró infundada, la arrendataria estaba en la obligación de restituir la cosa arrendada. Repítese que el arrendamiento quedaba vencido el 15 de mayo de 1944, y que el lanzamiento se efectuó el 27 de julio de ese año;

Que si la forma como se llevó a cabo el lanzamiento le ocasionó perjuicios a la arrendataria, tales perjuicios no le son imputables a Castillo. Sobre el particular, la Corte comparte los conceptos del sentenciador expuestos en párrafos de la providencia transcritos atrás.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. —Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

COMPETENCIA PARA CONOCER POR RAZON DEL LUGAR DE UN PROCESO POR EL DELITO DE CALUMNIA O DE UNO POR EL DE INJURIA

1. El sitio en que se redacta la carta, se imprime el folleto o el libro, o se edita el periódico que contenga las expresiones calumniosas o injuriosas, no marca de por sí o aisladamente la competencia para conocer de un delito de calumnia o de uno de injuria. Porque lo que le confiere virtualidad a esta clase de delitos es la difusión o divulgación.

De ahí que siempre que se trate de averiguar a qué juez compete el conocimiento del respectivo proceso sea indispensable saber primero en qué territorio se realizó el delito, es decir, se puso en conocimiento de los lectores o auditores lo escrito o referido, porque puede ocurrir que el lugar de la edición o impresión no sea el de la divulgación, o que ésta se verifique en forma simultánea o casi simultánea en varios territorios o jurisdicciones. Y esto resulta no sólo probable sino que así sucede muy frecuentemente, dados los medios de divulgación (estaciones radio-transmisoras) y los modernos de transportes (aviones) que hoy existen; por lo cual no sería raro que una una determinada noticia se difundiera primero en sitio distinto de aquel de que proviene. En este último supuesto (simultaneidad) habrá que aplicar las reglas sobre competencia preventiva establecidas en el artículo 57 del C. de P. P.

2.—Tanto de delito de calumnia como el injuria requieren la divulgación. Esto es esencial, porque si la idea destinada a causar daño en la reputación o dignidad de la persona no se transmite por cualquiera de los medios propios para que sea conocida —oral o gráficamente— y se queda inédita o en poder de quien la concibió, no hay delito, o, lo que es lo mismo, que si el escrito o las palabras no se propagan o pregonan, el hecho no existe como delictuoso.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Entre los Jueces de Garantías Sociales de los Departamentos del Atlántico y Bolívar, se ha suscitado colisión de competencias en el proceso que se inició contra el Director del diario "El Nacional", que se publica en Barranquilla, por los delitos de calumnia e injuria contra personas que residen en la capital del segundo de los departamentos nombrados y por hechos que atañen a la liquidación de la sociedad "Colombia Sugar Co. S. A.", allí mismo domiciliada.

Como esta colisión, con respecto al conocimiento del proceso que los dos jueces mencionados se disputan y que fue provocada por el primero de ellos, en virtud de haberlo así solicitado la persona a quien se le hace el cargo, corresponde dirimirla a la Sala Penal de la Corte, por versar entre jueces de dos Distritos Judiciales (ordinal 4º, artículo 42 del C. de P. P.), a ello se procede mediante las consideraciones que se harán en seguida.

Sostiene el señor Juez Departamental de Garantías Sociales que funciona en la capital del Atlántico, que si al señor Julián Devis Echandía, director del periódico "El Nacional" se le denuncia por violación del Decreto número 3.000 de 1954, al Juez del lugar —en ese caso Barranquilla— en donde el periódico se edita y se publica, le corresponde el juzgamiento (auto de 7 de marzo de 1955).

Refuta esta tesis el señor Juez Departamental de Garantías Sociales que funciona en Cartagena, quien ilustra la suya con cita de autores y doctrinas de tribunales de otros países, según las cuales —una de ellas, al menos— es el sitio en que surte efecto la publicación difamatoria donde con propiedad puede decirse que se consumó el delito. Y qui-

zás fundado en esas opiniones e interpretándolas de acuerdo con su juicio, el juez provocado consignó en su auto de 15 de abril de 1935 esta afirmación:

"...el juez competente para conocer del caso de calumnia e injuria por la prensa no es el del lugar de impresión del periódico sino el que tenga jurisdicción en el medio donde actúa el ofendido" (sic).

Los delitos de calumnia e injuria, colocados con mucho acierto en el Código Penal Colombiano entre aquellos que afectan la integridad moral, pertenecen a la clase de los llamados formales, es decir, que no admiten tentativa, como no son tampoco susceptibles de culpa. En otras legislaciones figuran como lesivos del honor, y así aparecía en el anterior estatuto que fue substituído íntegramente por la Ley 95 de 1936. Pero si se observa que además del honor, que es el valer personal, subjetivo, de cada individuo, existe otra entidad moral que se denomina la honra y que consiste en el concepto o estimación de los demás respecto de una determinada persona, ya no podría asegurarse que con la injuria, por ejemplo, que equivale a una herida en el honor, se ataque también la honra. Esta se menoscababa con la calumnia, que por su poder difamatorio representa algo así como una disminución o asfixia de la honra, según lo expresan autorizados expositores. Y de ahí que esa diferencia entre "honor" y "honra" que no es únicamente gramatical, se halle bien marcada en el vigente estatuto punitivo. "El que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento ataque el honor...", dice el artículo 337, refiriéndose a la injuria. Y el 333 —atinente a la calumnia— habla del carácter "deshonroso" de la falsa imputación.

Tanto el delito de calumnia como el de injuria requieren la divulgación. Esto es esencial, porque si al idea destinada a causar daño en la reputación o dignidad de la persona no se transmite por cualquiera de los medios propios para que sea conocida —oral o gráficamente— y se queda inédita o en poder de quien la concibió, no hay delito, o, lo que es lo mismo, que si el escrito o las palabras no se propagan o pregonan, el hecho no existe como delictuoso.

¿Y en dónde se consuman estas infracciones, que requieren la promulgación de lo que se expresa escribiendo u oralmente? Este es el otro aspecto interesante del problema. Tan pronto como él se plantea se piensa en el sitio. Pero el sitio en que se redacta la carta, se imprime el folleto o el libro, o se edita el periódico que contenga las expresiones calumniosas o injuriosas, no marca de por sí o aisladamente la competencia. Porque ya se ha dicho que lo que le confiere virtualidad a esta clase de delitos es la difusión o divulgación. Así se reconoce de manera uniforme y lo enseña el inmortal maestro de Pisa en su "Programa del Curso de Derecho Criminal", en donde se lee:

"Debe incluso advertirse que, por común consenso de todos los criminalistas, el momento de la consumación de este delito no reside en escribir o imprimir, sino en divulgar; de manera que el verdadero autor del delito no es ya quien escribió el libelo, sino quien lo divulgó, y mientras quien lo escribió puede ser declarado inocente, no puede serlo el que conscientemente lo difundió" (pág. 38, V, III, obra citada, edición española de 1946).

De ahí que siempre que se trate de averiguar a qué juez compete el conocimiento del respectivo proceso sea indispensable saber primero en qué territorio se realizó el delito, es decir, se puso en conocimiento de los lectores o auditores lo escrito o referido, porque puede ocurrir que el lugar de la edición o impresión no sea el de la divulgación, o que ésta se verifique en forma simultánea o casi simultánea en varios territorios o jurisdicciones. Y esto resulta no sólo probable sino que así sucede muy frecuentemente, dados los medios de divulgación (estaciones radio-transmisoras) y los modernos de transportes (aviones) que hoy existen; por lo cual no sería raro que una determinada noticia se difundiera primero en sitio distinto de aquel de que proviene. En este último supuesto (simultaneidad) habrá que aplicar las reglas sobre la competencia preventiva establecidas en el artículo 57 del C. de P. P. Y así se han resuelto ya en la Sala Penal de la Corte divergencias similares a la en que se ocupa ella en esta oportunidad, como puede leerse en el auto de 25 de mayo de 1938. Se dijo allí, acogiendo el concepto del Jefe del Ministerio Público, lo que se va a transcribir:

"Ahora, si se presenta el caso especialísimo de que un escrito calumnioso o injurioso circule simultáneamente en distintas poblaciones, entonces el juez competente para conocer del hecho será aquel que primero aprehenda el conocimiento del asunto".

De acuerdo con esta doctrina, el caso que se está examinando resulta muy sencillo. Si es cierto que el periódico "El Nacional", que ha servido de medio o vehículo para atentar contra la integridad moral de quienes se dicen lesionados, se edita en Barranquilla, también lo es que esa publicación se destinó— según se asevera— a que se congelara de preferencia en la ciudad de Cartagena, y allí, ante el Juez de Garantías Sociales del Departamento de Bolívar, se formalizó la querella el 18 de enero del año en curso.

La ley 94 de 1938 no reconoce sino dos clases de

competencia: por razón del hecho (ratione materiae) y por razón del territorio (ratione loci), pues en ella no se contempla lo relativo a la persona salvo en cuanto al fuero o por razón de las funciones que desempeñe el procesado (ratione personae). De modo que no por el motivo que el señor Juez de la ciudad nombrada expresa, o sea, porque la competencia tenga algo que ver con el medio en donde actúe el ofendido, sino por las muy claras que se han dado, le corresponde a él seguir conociendo del presente informativo. Así lo resuelve la Sala Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Hágase saber esta determinación al señor Juez de Garantías Sociales del Departamento del Atlántico.

Hallándose ya aprobado el presente auto fue traído un memorial suscrito por el apoderado del señor Julián Devis Echandía. Pero como en esta clase de actuaciones, que se resuelven de plano por mandato del artículo 67 del C. de P. P., no hay debates ni intervención de las partes interesadas, no es el caso de considerar lo solicitado en dicho escrito, el cual se dispone agregar a sus antecedentes.

Cópiese y devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Ricardo Jordán Jiménez—Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN CASO DE CONCURSO DE DELITOS

1—Para saber si una acción penal no puede ya proseguirse por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es preciso averiguar lo siguiente: 1º qué pena máxima le corresponde al delito, y 2º cuándo se consumó —si es instantáneo—, o se verificó el último acto, si es contínuo o permanente.

2—La palabra "respectiva", usada por el artículo 105 del C. P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de "respecto", que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena y cuando son ellas diversas por ser también varios los hechos delictuosos, hay que independizarlas.

Por tanto, en tratándose de un concurso real o formal de delitos, no debe tomarse en cuenta, para efectos de decidir de la prescripción de la acción penal, la norma del artículo 33 del Código Penal. Este artículo se refiere a la pena imponible, a una posibilidad que toma forma o se evidencia sólo en el fallo, mientras que la prescripción parte del supuesto de una pena ya acordada, que es la que contempla el respectivo artículo del Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

La investigación de que ahora conoce la Sala en Segunda Instancia, no ya con motivo de ningún incidente procesal sino para que ella se pronuncie sobre la legalidad de la providencia de veintitrés (23) de febrero del año en curso, remitida en consulta del Tribunal Superior de Cartagena, se inició el veinte (20) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943), es decir, hace once (11) años y ocho (8) meses.

Debía de haberse averiguado en el término legal, que es, según el art. 279 del Código de Procedimiento, de sesenta (60) días para aquellos casos en que son dos o más los procesados o cuando se trata de delitos conexos, la responsabilidad del doctor Electo Cáliz Amador, acusado en el mes anterior (julio de 1943) de diversos hechos cometidos cuando desempeñaba las funciones del Juez Penal del Circuito de Magangué.

Sin embargo, ni la instrucción se verificó en sesenta (60) días, ni se calificó en treinta (30), como lo ordena el art. 428 ibidem, pues sólo el 4 de agosto de 1952, o sea a los 8 años, se calificó el mérito de aquel sumario, haciendo de esa manera no sólo posible sino efectiva la impunidad que resulta de dejar transcurrir el tiempo durante el cual puede el Estado ejercer las funciones represivas del delito.

Pero todavía, de allí en adelante, es decir, de la retrasada fecha en que el Tribunal de Cartagena tuvo a bien examinar el ya abultado expediente para deducir los cargos al responsable, llamado a juicio por los delitos de peculado y falsedad, la lentitud, convertida en crónico sistema, continuó, como lo anota el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes párrafos de su estudiado concepto:

"Contra esta providencia interpuso oportunamente recurso de reposición el procesado, con fecha 12 del mismo mes de agosto y, al día siguiente designó su defensor. Este se posesionó del cargo el 15 de septiembre subsiguiente pero no se le notificó el auto de proceder sino hasta el 4 de diciembre siguiente. (Folio 401 fte. y vto. Cuad. 1º).

"El 14 de enero de 1953 pasó el negocio al despacho del H. Magistrado Villalba (Fl. 402 vto. Cuad. 1º) para resolver la reposición impetrada por el procesado.

"El 5 de junio del siguiente año, es decir, de 1954 y después de permanecer al despacho del señor Magistrado citado el negocio sin ninguna actuación por un período de un (1) año, cuatro (4) meses y veintiún (21) días, pasó a un nuevo repartimiento correspondiendo al señor Magistrado de León Martínez a cuyo despacho fue puesto

con fecha 8 del propio mes de junio (Fl. 403, Cuad. 1º).

"El 31 de enero del año en curso se decidió la reposición mencionada en un sentido negativo y se dispuso el envío del expediente a la H. Corte para el efecto del recurso de apelación interpuesto contra el auto referido.

"Un nuevo defensor del procesado interpuso reposición del auto últimamente citado en cuanto se refería a la forma como fue concedida la apelación.

"La parte resolutiva del auto de fecha 4 de agosto de 1952, contiene el llamamiento a responder en juicio criminal al procesado y ordena allí mismo su captura.

"La apelación fue concedida en una forma irregular, —según el defensor— es decir, en el efecto suspensivo para una parte de la providencia apelada (el auto de enjuiciamiento) y en el devolutivo únicamente para otra parte (la detención del procesado).

"Pero al mismo tiempo dicho defensor relievó el hecho de que la acción penal estaba prescrita para los dos infracciones imputadas al ex-Juez sindicado....."

Esta tesis de la prescripción planteada por el defensor del procesado y prohijada por el Agente del Ministerio Público de la primera instancia, fue acogida por el Tribunal en la providencia que consulta. Allí, después de declararla respecto de los delitos imputados al ex-Juez de Magangué, doctor Electo Cáliz Amador, se ordena la cesación del procedimiento que contra dicho sindicado se inició en virtud de denuncia formulada por el señor Domingo Gómez en el mes de julio de 1943.

Corresponde ahora resolver acerca de tal providencia que el señor Procurador Segundo Delegado encuentra fundado en la ley y en fallos de esta Sala de la Corte, uno de los cuales (el de 7 de octubre de 1954 transcribe en sus partes esenciales.

No hay sanciones indeterminadas en el Código Penal para los actos que contraríen sus preceptos. Sólo las medidas de seguridad, previstas para los infractores a que se refiere el artículo 29, están sometidas en cuanto a su duración al cumplimiento de su fines, es decir, a que mediante el tratamiento que esas medidas suponen haya cesado el peligro que pudiera representar la libertad del recluído. En los demás casos, la ley señala un término amplio dentro del cual pueden los jueces reprimir los hechos delictuosos, sin salirse del mínimo y el máximo indicado en la respectiva disposición penal.

La potestad sancionadora del Estado surge al intentarse, frustrarse o realizarse el delito, es decir, la acción penal, que algunos autores denominan "pena amenazada" así como se llama 'pena declarada', que es el efecto penal del delito, a la impuesta en la sentencia. Una y otra son susceptibles de prescribir por el transcurso de un determinado número de años indicados para cada delito, tomando como base el máximo y atendidas aquellas circunstancias que lo especifiquen e individualicen.

Para saber, pues, si una acción penal no puede ya proseguirse por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es preciso averiguar lo siguiente: 1º qué pena máxima le corresponde al delito, y 2º cuándo se consumó —si es instantáneo—, o se verificó el último acto— si es continuado o permanente.

En el presente caso se tiene que ambos ilícitos pertenecen a aquellos que se agotan en el intervalo que exige el acto simple y fugaz que los caracteriza. Porque el peculado se consuma al darle una inversión indebida a los efectos o caudales que se administran, como ocurre con la apropiación en el abuso de confianza, del cual en cierta forma participa; y la falsedad se cumple con el hecho que la constituye, bien sea realizándola en lo material o usando a sabiendas el acto o instrumento apócrifo. Peculado y falsedad, son por lo expuesto, delitos instantáneos.

Para el primero, y de acuerdo con los datos del sumario, según los cuales la suma sustraída o apropiada y no reintegrada no llegó a tres mil ($ 3.000.00) pesos, fija el artículo 153 del C. P. una sanción máxima privativa de libertad de seis (6) años de prisión. Luego prescribe en ese término (inciso 2º del art. 105 Ley 95 de 1936). Para el segundo, la pena máxima privativa de la libertad, de acuerdo con el art. 231, que es el infringido, está fijada en diez (10) años de presidio. Luego prescribe en igual lapso, de conformidad con el inciso citado del art. 105.

Resta saber cómo se computa el tiempo para la prescripción tratándose de un concurso real o formal (en este caso real) de delitos. Y es aquí en donde el señor Procurador, en apoyo de su juiciosa opinión, aduce aquellos fallos, que no es necesario reproducir nuevamente, pero de los cuales sí conviene hacer un resumen que aclare más, si es posible, su contenido doctrinario.

El artículo que regula la prescripción de la acción penal, dice así:

"Artículo 105.—La acción penal prescribirá:

"En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal; para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

"En cinco años para los demás delitos".

La palabra respectiva —ha dicho la Sala— se deriva de "respecto", que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena y que cuando son ellas diversas por ser también varios los hechos delictuosos, hay que independizarlas.

Toda la complejidad del problema, que no es sino aparente, consistiría, pues, en suponer que los dos actos procesales, el de condena y el de la declaratoria de la prescripción se rigen por las mismas reglas, y así se llega a este error: que la suma de las penas o su acumulación jurídica sirve de índice para declarar o nó extinguida la acción penal. Mas este cómputo es desacertado. Porque el art. 33 se refiere a la pena imponible, a una posibilidad que sólo toma forma o se evidencia en el fallo, mientras que la prescripción parte del supuesto de una pena ya acordada, que es la que contempla el respectivo artículo del Código.

La pauta es, por lo tanto, la siguiente: si a cada hecho corresponde una pena, el fenómeno extintivo debe conservar la misma separación, y así no podría decirse —en el caso que se examina— que por estar sancionado el primero de los delitos con seis (6) años y el segundo con diez (10), la prescripción se opera en diez y seis años, porque eso equivaldría a unificar las dos cantidades, lo que es opuesto a la forma individual que debe presidir la solución del punto de que aquí se trata.

Síguese de lo expuesto, que como de la fecha en que se cometieron los delitos atribuidos al Dr. Electo Cáliz Amador, en su calidad de Juez Penal del Circuito de Magangué, a la de la providencia consultada, transcurrieron más de diez (10) años, tiempo máximo para que se operara el fenómeno extintivo, debe aquella confirmarse, atendiendo no solo en esa parte el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sino también en cuanto solicita que se investigue la demora en que incurrió el Magistrado doctor Patricio Villalba en la tramitación y despacho a que se contrajo su actuación.

Igualmente el Tribunal de Cartagena que empezó a funcionar en el año próximo pasado y al cual no comprenden las demoras anotadas, tendrá en cuenta la siguiente observación del señor Procurador, relativa a una orden dada —y no cumplida— en el auto (punto cuarto) del cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y dos: el presente negocio no se ha dado cumplimiento

"Finalmente la Procuraduría observa que en en el presente negocio no se ha dado cumplimiento alguno a las órdenes dictadas para investigar las diferentes demoras que en él se ha incurrido, especialmente ocurridas en el H. Tribunal de Cartagena."

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** la providencia consultada.

Para darle cumplimiento a la solicitud del colaborador de la Sala, se comisiona, con el término de treinta (30) días, libres de distancias, al señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, a quien el Tribunal le facilitará —para la investigación que debe hacer— los originales o copias de las piezas indispensables de ese expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Sarmiento.—Julio E. Argüello R., Secretario.

PECULADO. — FALSEDAD. — DIFERENCIAS ENTRE DELITO CONTINUADO Y CONCURSO FORMAL DE DELITOS. —HURTO NECESARIO

1.—El delito de peculado exige la concurrencia de dos elementos: 1º Que el infractor sea un funcionario público: y 2º, que a los efectos o caudales que administre les dé una aplicación diferente de aquella a que están destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos. Y como administrar equivale a cuidar, no hay duda alguna de que el Juez que le dá a aquello que está oficialmente bajo su custodia una inversión distinta de la señalada, incurre en el delito de peculado, llamado así en razón de su etimología (pecus: ganado, en lo que consistían los bienes del Estado primitivo), y conocido en el anterior Código Penal bajo diferentes denominaciones (malversación, extravío, usurpación de caudales de la hacienda pública, ora nacional, ya departamental o municipal).

2.—El delito de falsedad, en su acepción más amplia, significa faltar a la verdad y en él puede incurrir cualquier ciudadano; lo comete así mismo el funcionario público en aquellos casos de suposición, alteración, ficción etc. de documentos, diligencias o, en general, de actuaciones en que debe intervenir, o en certificados que deba expedir.

3.—Lo que caracteriza el delito continuo o continuado, que es fruto de actos repetidos, es la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica, pues si el agente —enseña Carrara— con las r e p e t i d a s violaciones ofendió siempre una misma ley penal, entonces el fin de las diversas violaciones se unifica, por lo menos bajo el punto de vista genérico —advierte— y la unificación del fin conduce a unificar también el delito.

4.—Concurso formal y delito continuado no son equivalentes. Por el contrario, sus diferencias son bien notables. Porque concurso formal es aquel en que de un acto resultan instantáneamente dos o más delitos, tan unidos —por heterogéneos que sean—, que no es posible a veces distinguirlos sino intelectualmente. En el uno hay pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica; en el otro, unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas. O sea, que lo que en el delito continuado es único (la lesión), en el otro (concurso formal) es múltiple; y lo que es plural en el continuado (acciones), es único en el concurso formal o ideal.

5.—HURTO FAMELICO o HURTO NECESARIO llaman los autores el cometido para proveer a la propia subsistencia del autor o a la de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

La Sala Penal del Tribunal Superior de.... ha llamado a responder en juicio a N. N. por los delitos de peculado y falsedad, cometidos cuando desempeñaba las funciones de Juez de..

Esta determinación la tomó en auto de 28 de febrero de 1955, respecto del cual apelaron tanto el procesado como su defensor, quienes, sin embargo, no han sustentado el recurso en esta segunda instancia, cuyos trámites se hallan agotados.

Auto de proceder.

En la parte resolutiva de esta providencia se citan como pertinentes los capítulos I y III de los títulos III y IV (sic) del Libro II del C. P. y el Decreto 1858 de 1951, todo ello en relación con el Capítulo III Título I y Libro I del mismo estatuto punitivo.

Se hace allí un estudio muy completo de los hechos, se fijan nociones jurídicas de los dos de-

litos y se puntualiza la responsabilidad del infractor confeso, quien al explicar su actitud trató de justificarla invocando el urgente reclamo de deberes familiares que en las apremiantes circunstancias económicas en que se encontraba no podía cumplir sino acudiendo a los medios que originaron la investigación, calificada como ya se ha dicho.

Refiere ella que en los ocho (8) meses en que el Juzgado estuvo a cargo de ....., o sea, del 2 de junio de 1952 al 2 de febrero de 1953, según se ha establecido suficientemente en el informativo, el juez mencionado, valiéndose de terceras personas iba retirando paulatinamente —hasta completar la suma de $ 4.797,30— los dineros depositados en el Banco, correspondientes a diversos asuntos que cursaban en el Juzgado de donde partía la autorización basada en providencias que no se habían dictado.

El procedimiento, en síntesis, era el siguiente: a las notas de cobro elaboradas por el Juez y dirigidas al Banco por conducto de los intermediarios, se les ponía un número ficticio, así como supuesta era su referencia y de ellas no se dejaba copia en el Juzgado.

En esta forma, mediante tales actos artificiosos, encaminados a obtener un ilícito provecho personal, se buscaba: primero, darle una apariencia de legalidad a la actuación; y segundo, cubrirse el autor de la idea y de su eficacia de los efectos de una pesquisa inmediata, que apenas se inició —con motivo de la denuncia presentada por uno de los damnificados nueve (9) meses y veintiseis (26) días después de haber cesado el Juez en el ejercicio de sus funciones, valga decir, el 28 de noviembre de 1953.

Concepto del Ministerio Público.

En una razonada Vista, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal expresa su parecer, favorable en un todo al auto apelado, aún en aquella parte en que se desconoce la justificación del hecho, toma que tanto el Tribunal como el Procurador dilucidan con innegable acierto, no sólo desde un punto de vista general sino ciñéndose al caso concreto del funcionario a quien se ha declarado responsable.

Esta responsabilidad la examina el colaborador de la Sala en forma ordenada. Principia por hacer un exacto y claro resumen del "modus operandi" del infractor; luego enumera las pruebas recogidas, en este orden: a) Las testimoniales que se derivan de lo afirmado por los intermediarios ya nombrados, quienes protestan de su inocencia atribuyéndole al Juez la parte directiva y creadora; b) las copias de las notas destinadas al Banco de la República; c) las inspecciones oculares, una de las cuales practicó el Magistrado ponente de la providencia apelada, con las cuales se demuestra que en el Juzgado no se llevaba libro de cuentas; que no se dejaba copia de las notas referentes a los pagos hechos por el Banco, ni existían los títulos que se hicieron efectivos por ellos; d) la relación de los títulos cancelados desde el 2 de junio de 1952 hasta el 31 de enero de 1953; y e) la confesión del procesado.

A continuación estudia el señor Procurador el pretendido estado de necesidad del delincuente, expresa su acuerdo con lo resuelto por el Tribunal a quo, y termina así:

"La diversidad de actos y la repetición de ellos, en diversas fechas y con diferentes intermediarios, constituyen igualmente la modalidad de la continuidad en las referidas infracciones cometidas conjuntamente, es decir, en concurso formal". (sic).

Aspecto jurídico de las infracciones.

PECULADO.—Este delito exige la concurrencia de dos elementos: 1º Que el infractor sea un funcionario público; y 2º, que a los efectos o caudales que administre les dé una aplicación diferente de aquella a que están destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos. Y como administrar equivale a cuidar, no hay duda alguna de que el Juez que le dá a aquello que está oficialmente bajo su custodia una inversión distinta de la señalada, incurre en el delito de peculado, llamado así en razón de su etimología (pecus: ganado, en lo que consistían los bienes del Estado primitivo) y conocido en el anterior Código Penal bajo diferentes denominaciones (malversión, extravío, usurpación de caudales de la hacienda pública, ora nacional, ya departamental o municipal).

De modo que el procesado al apropiarse de los dineros que a la orden del Juzgado a su cargo se hallaban en el Banco de la República, estaba, como es claro, haciendo uso indebido de ellos e incurrió en el delito de peculado, que afecta no sólo los intereses del fisco sino también los de los particulares. Y cabe aquí aclarar que no sólo a la procedencia de los efectos atiende la ley para sancionar el hecho, sino también a que ellos estén bajo la guarda del empleado que contraría su destino.

FALSEDAD.—Este delito en su acepción más amplia, significa faltar a la verdad y en él puede incurrir cualquier ciudadano; lo comete así mismo el funcionario público en aquellos casos de suposición, alteración, ficción etc. de documentos, diligencias o, en general, de actuaciones en que debe intervenir, o en certificados que deba expedir. Y así, el Juez, al autorizar el pago a personas distintas de las verdaderas titulares de los créditos, simulando providencias para garantizar su efectividad, incurrió también en el ilícito comprendido en el capítulo III, título VI. (Nº IV, como se dice en el auto de proceder), Libro II del C. P.

DELITO CONTINUADO.—Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio, dice el art. 32 de la Ley 95 de 1936.

Lo que caracteriza el delito contínuo o continuado, que es fruto de actos repetidos, es la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica, pues si el agente -enseña Carrara- con las repetidas violaciones ofendió siempre una misma ley penal, entonces el fin de las diversas violaciones se unifica, por lo menos bajo el punto de vista genérico -advierte- y la unificación del fin conduce a unificar también el delito. Así explica el maestro de Pisa lo que él denomina la teoría sutilísima de la continuación, resumida por él mismo en la siguiente fórmula: "es necesario que una nueva acción haya dado vida a una nueva violación de la ley penal ya violada otra vez por el delincuente".

Concurso formal y delito contínuo no son, por lo tanto, equivalentes. Por el contrario, sus diferencias son bien notables. Porque concurso formal es aquel en que de un acto resultan instantáneamente dos o más delitos, tan unidos -por heterogéneos que sean-, que no es posible a veces distinguirlos sino intelectualmente. En el uno hay pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica; en el otro, unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas. O sea, que lo que en el delito continuado es único (la lesión), en el otro (concurso formal) es múltiple; y lo que es plural en el continuado (acciones), es único en el concurso formal o ideal.

ESTADO DE NECESIDAD

Hurto famélico o **hurto necesario** llaman los autores al cometido para proveer a la propia subsistencia del autor o a la de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio de sastifacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas.

Este es un caso **sui generis** de aplicación de la causal 3ª del art. 25 del C. P. especificado en los arts. 430 y 43 ibidem, pero que está circunscrito a un solo género de delitos, y más propiamente al hurto, lo que ha motivado algunas críticas, pues se dice que entre los intereses materiales y la vida prevalecerá siempre ésta, cualesquiera que sean los medios empleados para conservarla. También se subordina su ejecución al fin que se persigue, a la imposibilidad de conseguirlo en otro forma, a la correspondencia entre lo que se tome y el mal que se vaya a evitar y, por último, a la personalidad del agente.

Pero el peculado, como bien se sabe, no es un delito contra la propiedad sino contra la Administración Pública. Este solo argumento —si no existieran otros— valdría para rechazar la excusa invocada por el procesado. Mas el Tribunal y la Procuraduría, al desconocer la justificación, han hecho apreciaciones muy justas en relación con esta materia y coinciden en considerar la conducta del procesado. Analizan la situación del empleado público y sus precarias condiciones económicas; su sacrificio de las más elementales comodidades de la vida y el esfuerzo que realizan para susbsistir con decoro. Todo ello, sin embargo, no lo excusa cuando compromete la dignidad de su misión con actos que están reservados a quienes, si faltan a la honestidad, por lo menos no manchan una investidura. Y ciertamente, si a alguien le está vedado echar mano de ese recurso extremo, dispuesto como un pasadizo de emergencia en el código de las penas, es a quien administra justicia, porque parecería que conociendo esa salida, la usa en la confianza de que no será sancionado.

Y porque la Sala acoge aquellas apreciaciones de su colaborador y del Tribunal de ....., va a presentar aquí algunos párrafos de la vista del señor Procurador y del auto del Tribunal.

Pertenecen a la primera:

"Así mismo, aunque son evidentes y cotidianos los problemas y las preocupaciones que los elementos de la clase media económica sufren y soportan para sostener y atender a sus obligaciones familiares, entre ellas la primordial de velar por la salud de sus miembros más directos y allegados; aunque es cierto e incontrovertible que la

asistencia social para esos mismos elementos de la sociedad es deficientísima y casi nula; aunque se debe aceptar que los servicios de esa naturaleza que se prestan a los funcionarios del Estado por medio de los organismos expresamente creados para ese fin, dejan mucho que desear; —que si esto sucede en la capital de la República, con más veras acaece en la periferia del país—; que, especialmente, para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, esa deficiencia es mucho más grave y mucho más notoria puesto que no incluye a los miembros de familia inmediatos, ni a la cónyuge en caso de maternidad, etc; a pesar de todo eso y mucho más, esos problemas y necesidades no alcanzan a constituir el "estado de necesidad" que pueda justificar la acción atentatoria contra la propiedad ajena o contra el patrimonio, bien fuere éste el del Estado, pues sí existen medios lícitos para satisfacer esas necesidades de los cuales, varios, se enumeran en la providencia que ha sido materia del recurso que se estudia.

"Si así no fuera muy contado sería el miembro de la clase media económica que no hubiere delinquido.

"Sería, pues, muy peligroso en todo sentido, espiritual, moral y socialmente hablando, pretender establecer de esas preocupaciones y problemas un 'estado de necesidad" justificador de atentados contra la propiedad particular u contra el erario o el patrimonio del Estado".

Se hallan en el segundo:

"Ahora bien, el ilícito o los ilícitos que se consuman en tal estado son productos de la angustia y dejan la marca de la desesperación sobre los mismos hechos que los constituyen. Pudiera decirse que son delitos de angustia, circunstancia ésta que los hace instantáneos; que excluye, por la turbación anímica del agente que los perpetra, el cálculo o la premeditación; que no se ocultan, que quedan de manifiesto y que por propia iniciativa se confiesan. Estos signos delatores de la angustia no se observan en los hechos sub judice. Al contrario, lo que se observa es la continuidad; es el ánimo frío de su autor, y el cálculo y el disimulo. Además, el delito que suele cometerse bajo el mismo signo, es un delito de violencia, consumado con dolo de ímpetu en explosión instintiva, y no un delito de fraude, de laboriosa preparación y de lenta y pausada ejecución, que riñe con el estado anímico que produce la necesidad en quien la sufre, y no fueron de aquel género sino de este último los perpetrados por el sindicado..... Para un Juez de la República no hay estado de necesidad que pueda apartarlo del sendero del estricto cumplimiento de sus deberes. Admitir, aún en abstracto, la posibilidad de existencia de un tal estado que pudiera conducir a tan desoladora y funesta conclusión moral, sería arruinar la justicia por su base".

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, **confirma** el auto apelado, con la advertencia de que el delito de falsedad que se imputa al procesado N. N. se halla comprendido en el título VI y no en el IV del estatuto represivo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

AUN EN AUSENCIA DE CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD, PUEDE EL JUEZ ELEVAR EL MINIMO DE LA SANCION. — LA FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA NO PUEDE ATACARSE CON BASE EN LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION

1—Cuando en casación se ataca la sentencia por defecto de motivación —que es vicio formal—, el único camino adecuado para remediarlo es el de la causal quinta, y nó el de la primera, que se refiere al quebrantamiento de la ley penal sustantiva.

2—En el artículo 36 del C. P., está concentrado todo el moderno principio de la PELIGROSIDAD como fundamento y medida de la sanción. Y para poder el Juez determinar en cada caso concreto ese estado peligroso del agente, el legislador dio INDICES precisos o pruebas de tales manifestaciones dañinas, colocando en primer término "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" —que es elemento primario y decisivo—, y luego los motivos determinantes, las circunstancias que rodearon la infracción y la personalidad del reo. Estas cuatro orientaciones para el juzgador son genéricas y tienen individualidad propia, pues juegan separadamente. Por eso, bien puede acaecer que ante la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, como es el caso, el Juez suba el mínimo de la sanción, recurriendo a cualquiera de los otros derroteros que le marca el artículo 36.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

Una sola causal de casación —la primera— invoca el señor defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, fechada el 10 de septiembre de 1953, que condenó a **Luis Antonio Martínez Sandoval** a la pena de dos años de presidio y accesorias consiguientes, como responsable de la muerte que le causó a Natível Lazo, sin intención de matar y en estado de provocación, según lo declaró el Jurado.

El demandante persigue en este recurso extraordinario que al procesado se le aplique el mínimo de las sanciones previstas por los artículos 28, 362 y 365 del Código Penal, como lo falló el Juez de primera instancia, pues el aumento de ocho meses de presidio que hizo el Tribunal, es violatorio de dichas normas y no se ajusta al artículo 36 y concordantes de la misma obra.

Al efecto, formula estos dos cargos contra la sentencia recurrida:

a).—Que el Tribunal subió el mínimo de la pena basándose en la gravedad del delito, pero sin expresar cuáles eran las circunstancias que le imprimían al ilícito esa especial gravedad. Por eso, califica la actitud del sentenciador, de "dogmática, sin ningún análisis para fundamentar sus conclusiones"; y

b).—Que, siguiendo los antecedentes en que se inspira el artículo 36 del estatuto represivo, o sea el Proyecto Ferri de Código Penal italiano, para individualizar la sanción, "es necesario estudiar los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que rodean el hecho, lo mismo que la personalidad del autor del reato". Y, en el caso **sub judice**, hay ausencia de toda circunstancia de mayor peligrosidad que agrave el delito cometido por Martínez Sandoval; los motivos determinantes fueron calificados por los juzgadores como del "más alto valor ético o social"; y la personalidad del infractor sólo merece elogios. Luego —concluye el actor— "el Tribunal, al aumentar de 36 meses de presidio a 2 años del mismo la pena impuesta al procesado, ha obrado sin sujetarse a las normas legales y ha proferido una decisión injurídica y arbitraria, sin tomar en consideración el Art. 36 y concordantes del C. Penal".

El señor Procurador 2º Delegado encuentra inadmisibles las acusaciones del demandante. Y da como razón definitiva, para rechazarlas, la de que el artículo 36 del Código Penal no prevé úni-

camente las circunstancias de mayor peligrosidad en orden a determinar la sanción, sino otras distintas, a las cuales se sujetó el Tribunal.

"Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad —expresa el colaborador de la Sala— constituyen tan sólo un grupo de esos aspectos que el juzgador tiene en cuenta para la graduación de la pena; y por tanto los restantes, mal pueden quedar incluidos en uno de ellos, como parte integrante o como accesorios sin la importancia y las consecuencias que se derivan de su estudio y apreciación". Pide que no se case el fallo recurrido.

Se considera:

El Tribunal sustentó así lo referente a la adaptación de la medida represiva:

"...Debe decretarse un aumento de la pena, ya que para la cosificación de la sanción deben tenerse en cuenta no únicamente las circunstancias de mayor peligrosidad, sino la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos que determinan su ejecución y la personalidad del que lo realizó, toda vez que éstos pueden ser factores sintomáticos de peligrosidad. Y en el caso de autos —como con acierto lo dice el señor Fiscal de la Corporación— sería pueril negarle gravedad al ilícito, 'si se considera éste en el doble aspecto de su cantidad (relativa a la categoría, importancia o entidad del derecho o bien jurídico lesionado o destruído y a las circunstancias y modo de ejecución), y de su cualidad (relativa a los motivos determinantes del delito)", ya que Lasso no ofendió directamente a Martínez, sino que se limitó a manifestarle a su mujer la inutilidad de discutir con borrachos".

Como se ve, y en eso tiene razón el demandante, la sentencia se contentó con afirmar la gravedad del homicidio por el doble aspecto de su cantidad y cualidad, pero sin dar las razones correspondientes al primer factor (cantidad). Lo que quiere decir, que el fallo es deficiente o falto de motivación en esa parte sustancial que mira a la cuantía de la pena.

Como una garantía del juzgamiento, exigen la Constitución y la ley que toda sentencia deberá ser motivada. (Arts. 163 C. N., 471 C. J., 159, regla 2ª, C. de P. P.). Con ello se pretende evitar la arbitrariedad del juzgador y las disertaciones extrañas a los objetivos del proceso: interpretar la ley para darle vida y estabilidad a la jurisprudencia; analizar los hechos y sus pruebas frente al derecho positivo para explicar el por qué de la parte dispositiva de la providencia; y, en fin, darle firmeza y autoridad a la cosa juzgada que toda sentencia definitiva lleva en sí.

Y en orden a tutelar tal garantía, se estableció en el ramo penal la causal quinta de casación, que los autores del Código de Procedimiento justificaron en los siguientes términos:

"Mucho cuidado puso la Comisión al formular las reglas a que debe someterse el Juez en la redacción de la sentencia. La exigencia de **resultandos y considerandos** numerados y concretos no es caprichosa, ni mucho menos; ella obedece a la necesidad ineludible de evitar las divagaciones y encauzar las actividades del juez hacia los puntos precisos que impone el ejercicio de su delicada misión. En armonía con esa exigencia, se ha formulado la 5ª causal de casación".

Por consiguiente, cuando en este recurso extraordinario se ataca la sentencia por defecto de motivación —que es vicio formal—, el único camino adecuado para remediarlo es el de la causal quinta, y no el de la primera, que se refiere al quebrantamiento de la ley penal sustantiva.

Y como el demandante no lo hizo así, el primer cargo está mal enfocado y resulta inoperante. Error de técnica que la Sala no puede subsanar por expresa prohibición del artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

En cuanto a la segunda acusación, parece que el actor parte del supuesto de que, para individualizar la pena conforme al artículo 36 del Código Penal, sólo deben apreciarse tres factores, a saber: los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente, a semejanza del artículo 20 del proyecto Ferri que inspiró el citado artículo 36 del estatuto colombiano.

Pero ello no es así, porque en el proyecto Ferri (Art. 20) se contemplaron tres criterios para deducir la peligrosidad del sujeto, o sean "la gravedad y las modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente"; en tanto que el Código de Colombia (art. 36) fue más amplio, ya que agregó a dichos tres criterios el de "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" que acompañen el delito.

En el artículo 36 está concentrado todo el moderno principio de la **peligrosidad** como fundamento y medida de la sanción. Y para poder el Juez determinar en cada caso concreto ese estado peligroso del agente, el legislador dió **índices**

precisos o pruebas de tales manifestaciones dañinas, colocando en primer término "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" —que es elemento primario y decisivo—, y luégo los motivos determinantes, las circunstancias que rodearon la infracción y la personalidad del reo. Estas cuatro orientaciones para el juzgador son genéricas y tienen individualidad propia, pues juegan separadamente. Por eso, bien puede acaecer que ante la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, como es el caso, el Juez suba el mínimo de la sanción, recurriendo a cualquiera de los otros derroteros que le marca el artículo 36.

El Tribunal dedujo la gravedad del ilícito para aumentar los ocho meses de presidio, y en eso se ajustó a la ley. Otra cosa es que dicha gravedad no se justifique en el presente asunto, de acuerdo con las modalidades del delito reconocidas en el veredicto, y con la individualidad del acusado. Pero este aspecto del asunto quedó en la demanda sin demostración. Así, por ejemplo, la sentencia se basó en que la víctima "no ofendió directamente a Martínez, sino que se limitó a manifestarle a su mujer la inutilidad de discutir con borrachos", dando a entender con ello que hubo ausencia, o al menos futilidad de móvil en la acción criminosa, factor importantísimo para calificar el estado peligroso del responsable. Y esta consideración fundamental del fallo no la combatió adecuadamente el autor del libelo, pues se limitó a decir sobre el particular:

"Los motivos determinantes no son innobles o fútiles, sino que se les ha dado el más alto valor ético o social por parte de los falladores". Simple afirmación ésta propia de un alegato de instancia, pero inadmisible en una demanda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

INSTIGACION PARA DELINQUIR

El delito "instigación para delinquir" puede realizarse de manera pública o en forma privada; el primero, se halla sancionado por el artículo 209 y el segundo, por la norma del artículo 211 del Código Penal, en ambos casos se trata de un delito formal, independiente de la ejecución material del mismo, porque, en ese supuesto —el de la ejecución— implicaría un fenómeno de coparticipación criminal que se gobierna por los artículos 19 y 20 de la Ley Sustantiva, con prescindencia absoluta de los artículos 209 y 211.

En la instigación para delinquir, el sujeto activo del delito, incita de manera pública o privada la voluntad de otra persona para persuadirla, para convencerla, para proponerle la realización de un hecho determinado. No es la propuesta o inducción a cometer un hecho indeterminado lo que sanciona la ley como delito; es, por una parte, la incitación voluntaria, la persuasión psicológica con la cual se impele a otro para realizar un hecho, y por otra, la determinación de la voluntad para cometer un delito específico, los derechos que tutela la ley, su violación, por consecuencia, la considera como objeto de sanciones penales.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Agente del Ministerio Público, al descorrer el traslado ordenado por auto de julio veintiseis de mil novecientos cincuenta y cuatro, pide se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las presentes diligencias.

ANTECEDENTES

En el negocio que por un delito de homicidio se adelanta contra Jairo Zapata Ospina, el doctor Pedro Gómez Aremas —en ese entonces Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga—, se declaró impedido y adujo como razones las siguientes:

"Por informes del señor Director de la Cárcel de este Distrito Judicial, vino a mi conocimiento que uno de los ex-Detectives o Agentes de Seguridad de Santander —que se halla detenido— tenía gravísimas revelaciones que hacer, que tocaban muy de cerca a mi padre legítimo Nepomuceno Gómez Gómez. El señor Director de la Cárcel, don Edelberto Mora, lo envió a mi Despacho y aquí me informó que la Gobernación de Santander a cargo del doctor Pedro Nel Rueda Uribe, había traído al Departamento cinco individuos apodados 'Pájaros Azules' con el objeto de que en colaboración de otros elementos oficiales, como un Enrique Vargas —hoy también detenido en la Cárcel de La Concordia— eliminaran a determinados elementos sociales y políticos, no afectos al régimen que cayó el 13 de junio, entre los cuales se contaba mi padre Nepomuceno Gómez Gómez".

Dice el informante en declaración juramentada rendida ante el Juez Primero Superior, que:

"...a él le propusieron los dichos 'Pájaros azules' junto con Enrique Vargas y otros Detectives al servicio del Gobierno, que se trasladaran al Socorro con el objeto de eliminar a mi padre residente entonces allí; que esos mismos sujetos se trasladaron a aquella ciudad en un vehículo oficial pero que afortunadamente mi padre se había ausentado dos o tres días antes.

"Entre los sujetos llamados 'Pájaros azules' y que como digo se dirigieron al Socorro en compañía de Enrique Vargas a eliminar a mi padre, se encuentra Jairo Zapata Ospina, el mismo sindicado en las presentes diligencias.

"Como no escapa al recto y honrado criterio de mis dos ilustres colegas del Tribunal, me hallo impedido para opinar como Magistrado sobre la situación legal de uno de los presuntos asesinos de mi padre".

INFORMACION PERIODISTICA

Los motivos en que funda el impedimento el Magistrado Gómez Arenas, fueron dados a conocer por medio de la prensa en esta forma:

VANGUARDIA LIBERAL. Periódico que se edita en Santander, dice en edición de diciembre 7 de 1953:

"El Magistrado Gómez Arenas se declara impedido para juzgar a Jairo Zapata".

"EL COLOMBIANO de Medellín, en edición de ayer, trae una noticia enviada por el corresponsal en esta ciudad señor Camacho Leyva, que dice lo siguiente: "El Magistrado Pedro Gómez Arenas se declaró impedido para juzgar al procesado Jairo Zapata, sindicado de homicidio, por considerar que no podía obrar con suficiente serenidad ya que se trataba de uno de los integrantes del grupo de 'Los Pájaros' que trajo a este Departamento el entonces Gobernador Pedro Nel Rueda Uribe, para atacar a su padre don Nepomuceno Gómez. Agrega la información que el Tribunal Superior de Bucaramanga accedió a la petición del Magistrado Gómez Arenas". (F. 1).

EL COLOMBIANO de Medellín (pág. 10), en lo pertinente dice:

"Sostiene el doctor Gómez Arenas que tiene declaraciones de personas las cuales prueban bajo la gravedad del juramento que el Detective Zapata así como otros llamados "Los Pájaros" y que fueron traídos del Valle del Cauca por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe, sólo con la intención de asesinar a su padre el patricio conservador don Nepomuceno Gómez, residente en El Socorro. Dice el doctor Gómez Arenas al declararse impedido, que en estas condiciones le falta la serenidad suficiente para intervenir en la causa." "Bucaramanga 5.—Del corresponsal Camacho Leyva". (Fs. 20).

DENUNCIA

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, con base en las informaciones de "El Colombiano" de Medellín y "Vanguardia Liberal" de Bucaramanga, en notas de 9 y 10 de diciembre de 1953, pide al Procurador General de la Nación que:

"...sin demora se proceda a iniciar una muy severa y muy rigurosa averiguación, tanto más necesaria y urgente cuanto que la corresponsalía de 'El Colombiano' indica que existe en la ciudad de Bucaramanga una verdadera asociación para cometer el más sucio y feo de todos los crímenes, cual es el que atenta contra la honra de los hombres de bien, la cual muestra características profundamente peligrosas por la posición que ocupan sus componentes.

"La honra de un ciudadano y el prestigio de este Gobierno del cual soy miembro distinguido, por una parte, y por la otra, el peligro social que representa y demuestra aquella infamia de tan inexplicable iniquidad, explican ante S. S. mi atenta solicitud para que este caso sea despachado de inmediato".

Y agrega:

"Como de todas maneras se trata de una infamia y existe el delito de perjurio de los dos reclusos declarantes o el de falsas imputaciones y calumnia por parte de Zapata, atentamente solicito que se comisione un investigador especial para que establezca la verdad del caso y que se sancione a quien o quienes resulten responsables del uno o del otro delito". (Fs. 3 a 6).

INVESTIGACION

Al sumario se allegaron los siguientes elementos probatorios:

a) Decreto de nombramiento y acta de posesión para acreditar la calidad de funcionario público que —en ese entonces— tenía el doctor Pedro Nel Rueda Uribe como Gobernador del Departamento de Santander, como también, el ejercicio del cargo. (Fls. 17, 25 vto. y 79).

b) Copia del impedimento y declaración del ex-Magistrado Pedro Gómez Arenas, quien relata lo dicho por Ramón Manrique Celis, con relación a los cargos formulados contra el Gobernador Rueda Uribe. (Fls. 12, 26 a 29).

c) En este numeral se compendia la prueba testimonial de Ramón Manrique Celis, Hugo Mantilla Correa, Enrique Vargas Jaimes, Enrique Sorzano González, Jairo Zapata Ospina, Ramón Linares, Juan Cristóbal Martínez, Julio Martín Acevedo, Gabriel González, Raúl Gómez Arenas (alias "Candonga") y Mayor Jorge Galeano, como también, los careos practicados entre Pedro Robles y Enrique Vargas Jaimes, Ramón Manrique y Pedro Robles, Enrique Vargas y Hugo Mantilla. De todas estas pruebas se transcribirá la que se relacione directamente con los hechos imputados al doctor Pedro Nel Rueda Uribe.

Ramón Manrique Celis, quien suministró los datos que sirvieron al Magistrado Gómez Arenas para fundamentar el impedimento, en lo pertinente de su exposición dice:

"Que Enrique Vargas en los primeros días de enero lo llamó para presentarle unos amigos que ape-

llidaban 'Pájaros Azules', que le manifestaron que ellos habían venido porque los había traído la Gobernación a quitar de por medio a algunos conservadores que le estaban causando perjuicios al partido..." "Que ellos tenían ya una lista y entre los que mencionaron figuraba don Nepomuceno Gómez Arenas..." "Que si yo quería esa noche acompañarles al Socorro a enseñarles a don Nepomuceno Gómez, a lo cual yo les respondí que mi boca sería un candado pero que en eso no me metía".

Afirma que: "A los dos días lo llamó Pedro Jesús Robles, que era Oficial Mayor de la Secretaría de Obras Públicas y le dijo que a él se le había ordenado dar una camioneta o máquina oficial y que se habían trasladado al Socorro Enrique Vargas y 'Los Pájaros' que quién sabe qué marranada irían a hacer allá".

"Yo no dije nada a Pedro, es decir, no le dije lo que sabía; me salí, y aquí en la calle treinta y cinco frente a 'La Siberia' me encontré con Leonidas Linares, un muchacho que es del Socorro...; le conté todo lo que sabía y le dije que por qué no le hacíamos una llamada a don Puno para prevenirlo de lo que iba a pasar, a lo cual me contestó Linares que don Nepomuceno se había ido el día antes para Bogotá y que se iba a demorar allá un mes".

Hugo Mantilla Correa, al ser interrogado sobre la presencia de Jairo Zapata Ospina y compañeros, dice:

"Dicho individuo vino de Bogotá por haberlo llamado mediante autorización mía el señor Rafael Cancino con el fin de que colaborara persiguiendo los bandoleros en las regiones de la línea del Ferrocarril de Wilches, pues con motivo del asesinato de que fueron víctimas los hermanos Arciniegas en el mes antes dicho (enero de 1953), yo había sido comisionado por el Coronel Pioquinto Rengifo, Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga, y por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe, Gobernador de ese Departamento en esa fecha, para reclutar voluntarios que coadyuvaran en la persecución que las Fuerzas Armadas en esa época le hacían a las guerrillas de bandoleros que operaban en ese Departamento. Con tal motivo reclutó en las regiones de Onzaga, Mogotes, Villa Nueva, Socorro, Jordán, El Luchadero (fracción del Socorro) y Piedecuesta, unos ochenta hombres aproximadamente, los cuales fueron puestos a disposición del Comandante de la Quinta Brigada, quien les dio fusiles y munición y los envió al mando de un Teniente a las regiones de Wilches...

"Posteriormente el señor Ruiz Cancino me manifestó que él tenía en Bogotá algunos amigos, valerosos, que bien pudieran secundarlo en la labor en la línea férrea; al mismo tiempo me dijo que él desearía llamarlos si yo lo estimaba procedente. A lo cual manifesté que por supuesto, y fue así como Ruiz Cancino llamó a Jairo Zapata y otros tres señores o cuatro señores advirtiéndoles que debían presentarse en Piedecuesta, en donde se estaba efectuando el reclutamiento efectivo o respectivo.

"Los mencionados señores llegaron un día después de la salida del personal de voluntarios, entonces de acuerdo con Jorge Enrique Serrano González, resolví traerlos a la Gobernación del Departamento; una vez aquí yo me presenté ante el doctor Pedro Nel Rueda Uribe y le manifesté que habían llegado cuatro voluntarios más, traídos de Bogotá, pero que en vista de que ya se había remitido el personal reclutado, no hallaba qué hacer con dichos señores voluntarios. El doctor Rueda Uribe me manifestó *que yo había hecho mal en traer esos individuos de Bogotá*. El doctor Rueda Uribe me dijo que hablara con el Coronel Pioquinto Rengifo a ver qué resolvía el Comandante de las Fuerzas en el Departamento". Añade:

"Posteriormente, encontrándome en Piedecuesta en el Despacho de la Alcaldía, recibí un llamado telefónico del doctor Rueda Uribe, Gobernador, quien me solicitaba que me presentara inmediatamente ante la Gobernación. Obedeciendo tal llamado me trasladé de Piedecuesta a Bucaramanga y me presenté ante el doctor Rueda Uribe, quien me manifestó que se le estaba presentando un problema en Bucaramanga con la permanencia de Jairo Zapata y demás acompañantes, pues se tenía conocimiento que dichos individuos o al menos los acompañantes de Zapata eran de malísima reputación y elementos nocivos a la sociedad, que tratara yo de sacarlos y que para ello me pusiera en contacto con el Comandante de la Policía Jorge Galeano Gómez".

Enrique Vargas Jaimes afirma que: "...después de oír la conversación de Hugo Mantilla, Pedro Robles y Gallego sobre las actividades que debían desarrollar Jairo Zapata y sus compañeros, se trasladó al despacho del Gobernador y le informó detalladamente de esto; que posteriormente volvió a la Gobernación y cuando se encontraba en el Despacho entró Hugo Mantilla, que era Alcalde de Piedecuesta. El Gobernador le llamó la atención enérgicamente y le ordenó que procediera inmediatamente a que dichos señores salieran de la ciudad pues no quería ni consentía actividad alguna de esos sujetos, ni de nadie, contra la vida y bienes de ningún ciudadano perteneciente al partido liberal". (Fls. 53 vto.).

En lo demás, afirma no ser ciertas las afirmaciones de Manrique.

Al preguntarle sobre la persona que trajo a Santander a Zapata y compañeros, responde:

"Entiendo que las diligencias para traerlo y erogaciones las hizo Mantilla Correa, pero no sé si serían en su carácter de simple ciudadano conservador o de Alcalde del Municipio de Piedecuesta". (Fl. 66).

Al preguntar a Pedro J. Robles si como Oficial Mayor de Obras Públicas, tenía a su disposición vehículos u orden de facilitarlos, contesta:

"No tenía autorización de facilitar máquinas, pues ni para llevar a una empleada a donde el médico o salir a alguna diligencia a la calle podía suministrarlas sin previa autorización del Secretario de Obras Públicas".

Al preguntarle si él tenía conocimiento de que Enrique Vargas hiciera un viaje al Socorro en vehículo oficial y en compañía de Jairo Zapata y otros, dice:

"No recuerdo. El salía para distintas partes; el chofer puede que dé razón".

Y posteriormente al referirse al dicho de que él manifestó a Ramón Manrique que Vargas y Zapata salieron para El Socorro "a comelar alguna marranada", expresa:

"Yo no recuerdo haberle dicho eso, yo no tuve conocimiento de eso; la camioneta sí se la daba cuando la solicitaba".

d) INSPECCION OCULAR — Se practicó una diligencia de inspección ocular en la Secretaría de Fomento y Obras Públicas, con el objeto de constatar los viajes hechos por Enrique Vargas Jaimes durante el tiempo que tuvo el vehículo número 0036 bajo su servicio, y los peritos dicen:

"...Con administrador teléfonos; y en la correspondiente a la clase de máquina: P. 0036. Este libro fue revisado hasta el mes de mayo de 1953, inclusive, y no se encontraron otras anotaciones referentes al Administrador de Teléfonos, que lo era Enrique Vargas Jaimes, relacionadas con comisiones que hubiera tenido en la ciudad del Socorro, como no se encontró ninguna anotación referente a vehículos oficiales que se hubieran prestado a Jairo Zapata Ospina, Juan Gallegos, Manuel José Vélez o Alfonso González, o a alguno de los otros sujetos que se dice llegaron a esta ciudad con Zapata Ospina...". (Fls. 146 y 147).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, doctor Enrique Carrillo Tavera, después de analizar los hechos y las pruebas allegadas al sumario, expresa que:

"La imputación directa a la Gobernación, en ese entonces a cargo del doctor Pedro Nel Rueda Uribe, sólo se halla en boca del declarante Manrique, pues no existe en el expediente ninguna prueba que respalde las afirmaciones de éste". Lo cual lo lleva a deducir la siguiente conclusión:

"La Procuraduría considera que basta lo dicho y lo transcrito en esta vista para afirmar que está plenamente establecido en el proceso que no han existido los hechos que se imputaron al doctor Pedro Nel Rueda Uribe y que se dijo realizados por él en su carácter de Gobernador del Departamento de Santander. Que, por ende, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, dictando la sentencia en que tal cosa se declare y se ordene cesar el procedimiento contra él".

SE CONSIDERA:

El delito "instigación para delinquir" puede realizarse de manera pública o en forma privada; el primero, se halla sancionado por el artículo 209 y el segundo, por la norma del artículo 211 del Código Penal. En ambos casos se trata de un delito formal, independiente de la ejecución material del mismo, porque, en ese supuesto —el de la ejecución— implicaría un fenómeno de coparticipación criminal que se gobierna por los artículos 19 y 20 de la Ley Sustantiva, con prescindencia absoluta de los artículos 209 y 211.

En la instigación para delinquir, el sujeto activo del delito, incita de manera pública o privada la voluntad de otra persona para persuadirla, para convencerla, para proponerle la realización de un hecho determinado. No es la propuesta o inducción a cometer un hecho indeterminado lo que sanciona la ley como delito; es, por una parte, la incitación voluntaria, la persuación psicológica con la cual se impele a otro para realizar un hecho, y por otra, la determinación de la voluntad para cometer un delito específico, los derechos que tutela la ley, su violación, por consecuencia, la considera como objeto de sanciones penales.

Si los hechos se hubieran realizado y su demostración tuviera confirmación en el sumario, el delito imputable al acusado sería el de "instigación para delinquir" en su concepción de incitación o inducción o sea la propuesta privada, prevista y sancionada por el artículo 211 del Código Penal, ya que la proposición en ningún caso tuvo el carácter de pública, pues ella no se hizo ni por la prensa,

ni por la radio, ni en debates que tengan el carácter de públicos (artículo 209).

En efecto: el doctor Pedro Gómez Arenas con base en la declaración de Ramón Manrique Celis, dice:

a) Que el doctor Pedro Nel Rueda Uribe había traído al Departamento (Santander) cinco individuos apodados "Pájaros Azules" con el objeto de que en colaboración de otros elementos oficiales como Enrique Vargas... eliminaran a determinados elementos oficiales y políticos no afectos al régimen que cayó el trece de junio, "entre los cuales se encontraba mi padre Nepomuceno Gómez Gómez".

b) Que el grupo de Jairo Zapata en compañía de Vargas, se trasladó a la ciudad del Socorro en un vehículo oficial, pero que afortunadamente don Nepomuceno Gómez se había ausentado de la población.

"Ninguna de estas afirmaciones de Ramón Manrique Celis —dice la Procuraduría— logró establecerse en los autos". Concepto ceñido a la realidad de la investigación y que la Corte comparte en su totalidad.

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe no tuvo la más leve ingerencia en los actos que se le imputan. Jairo Zapata Ospina y sus compañeros llegaron al Municipio de Piedecuesta a solicitud del señor Hugo Mantilla Correa, quien en sus diversas declaraciones y careos —parte transcrita— asume toda responsabilidad, cuando dice:

"Yo fui quien traje a Zapata Ospina por insinuación de Rafael Cancino y sobre la traída de este señor estoy dispuesto como hombre a asumir la responsabilidad que me corresponde".

La afirmación de Manrique, en este punto, pierde todo valor frente a la declaración de Hugo Mantilla Correa, la cual se halla corroborada por los testimonios de Enrique Vargas, Enrique Sorzano González, Julio Martín Acevedo y Gabriel González Cadena, como puede verse en la relación de la prueba testimonial.

Que el grupo encabezado por Jairo Zapata hubiera sido llevado al Departamento para eliminar a determinados elementos sociales y políticos, entre ellos el señor Nepomuceno Gómez, es otra afirmación gratuita la cual no se halla comprobada. Estos señores —como lo demuestran las pruebas del sumario— fueron llamados para incorporarlos en el grupo de voluntarios que debían combatir a los bandoleros que operaban en la línea del Ferrocarril de Wilches, pero en ningún caso para asesinar a persona alguna. (Declaraciones y careos de Vargas y Mantilla) Como el arribo a Piedecuesta fue posterior a la salida de los voluntarios, éstos (Zapata Ospina y su grupo), prácticamente quedaron sin ocupación, situación que el señor Hugo Mantilla trató de resolver.

Cuando el doctor Pedro Nel Rueda Uribe fue informado de que Jairo Zapata y sus compañeros se encontraban en la ciudad, llamó a Hugo Mantilla para expresarle su inconformidad diciéndole: "que había hecho mal en traer a esos individuos de Bogotá", recomendándole que hablara con el Coronel Pinquinto Rengifo para ver qué hacía con esos señores, pensamiento que fue transmitido al Comandante de la Policía, Mayor Jorge Galeano, quien ordenó fueran capturados. Afirmación que tiene respaldo en los testimonios de Enrique Vargas Jaimes, cuando dice:

"...El Gobernador le llamó la atención enérgicamente (a Mantilla Correa, aclara la Corte) y le ordenó que procediera inmediatamente a que dichos señores salieran de la ciudad, pues no quería, no consentía actividad alguna de esos sujetos ni de nádie contra la vida y bienes de ningún ciudadano".

Y el doctor Juan Cristóbal Martínez, manifiesta que: "el Gobernador expresó que si no se iban de Bucaramanga los haría poner presos, porque no quería que esas gentes por su intemperancia fueran a agravar la situación". En este mismo orden de ideas declaran otros testigos.

En estas condiciones, el cargo hecho al doctor Pedro Nel Rueda Uribe no está comprobado, ora, porque no tenía conocimiento de que el grupo integrado por Jairo Zapata hubiera sido llamado para actuar contra los bandoleros que operaban en el Departamento de Santander, ya, también, porque sin su consentimiento fueron llevados, lo cual produjo, como era natural, desconcierto e inconformidad que lo llevó, por una parte, a reprochar el proceder de Hugo Mantilla Correa, y por otra, a dar la orden de que fueran expulsados de la ciudad de Bucaramanga.

En cuanto al hecho de que Pedro Robles le hubiera informado a Manrique de que Enrique Vargas Jaimes, Jairo Zapata y sus compañeros se hubieran trasladado a la ciudad del Socorro en un vehículo oficial con el fin de asesinar a don Nepomuceno Gómez Gómez, tampoco se halla demostrado; lo primero, porque Robles afirma que no tenía ninguna orden para suministrar vehículos oficiales sin la autorización de la Secretaría de Obras Públicas; lo segundo por no ser cierta la aseveración de Manrique, pues no se halla demostrada en las pruebas del sumario.

Por otra parte, Jairo Zapata en sus declaraciones y careos niega el hecho de que durante el tiempo que estuvo en Bucaramanga hubiera viajado en

vehículo oficial a la ciudad del Socorro, en compañía de Enrique Vargas.

En la diligencia de inspección ocular practicada en la Secretaría de Fomento y Obras Públicas, se constató que durante el tiempo comprendido de los meses de enero a febrero del año 1953, no se dio ninguna autorización ni se prestaron los vehículos oficiales a los señores Jairo Zapata Ospina, Juan Gallegos, Manuel J. Vélez o a alguno de los otros sujetos que se dice llegaron a esa ciudad, y en lo relativo al vehículo oficial usado por Vargas, se expresa:

Que el vehículo número 0036 era el que usaba Enrique Vargas, manejado por el chofer Raúl Gómez Arenas, quien afirma que en todos los viajes oficiales hechos por Vargas a la ciudad del Socorro, nunca llevó a otras personas que lo acompañaran.

"Cuando viajaba conmigo dice Gómez Arenas—no recuerdo haber llevado personas que no fueran de la Empresa de Teléfonos. El señor Vargas estaba adelantando unos trabajos en la instalación de líneas telefónicas de Lachadero al Socorro y por eso iba varias veces... Yo nunca llevé al señor Vargas con desconocidos".

Ramón Manrique en su primera declaración dice que Pedro Robles le contó que había suministrado un vehículo oficial para que Vargas y los "Pájaros Azules" se trasladaran al Socorro, y en la diligencia de careo (fls. 111 a 113) no es tan afirmativo como en aquélla, cuando expresa:

"Sí supe que habían ido al Socorro, no recuerdo bien cómo lo supe, me parece que fue don Pedro Robles el que me dijo que Enrique Vargas y los desconocidos habían viajado al Socorro; talvez fue en la Casa Conservadora donde lo supe".

Y al preguntarle sobre el vehículo oficial que los transportó, dice que le preguntó a un chofer, "no recuerdo cuál era, de los que trabajaban en Obras Públicas, qué máquina está en el Socorro y me dijeron que está un chofer que llaman 'Candonga'". Pero ya se vio cómo Raúl Gómez Arenas (alias Candonga) en su declaración, desvirtúa la afirmación de Manrique.

"No encuentra este Despacho en el expediente —dice la Procuraduría— ninguna prueba que respalde las afirmaciones de Ramón Manrique Celis, de quien se afirma que es un mitómano y que posiblemente quedó un poco desequilibrado por razones de los golpes que le dieron en el Hotel Bucarica, cuando dizque allí llegó a asesinar al doctor Alfonso López, jefe liberal".

En estas condiciones, las afirmaciones hechas por Ramón Manrique al doctor Pedro Gómez Arenas, no tienen base de sustentación alguna por ser ellas producto de su imaginación y fantasía, y por no tener un principio de veracidad, es decir, por ser falsas. En consecuencia, el doctor Pedro Nel Rueda Uribe no realizó los hechos que se le imputan, y, por consiguiente, debe ordenarse cesar el procedimiento, como lo pide la Procuraduría.

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 Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, declara que los hechos imputados al doctor Pedro Nel Rueda Uribe no existieron como delitos, y en consecuencia, ordena CESAR TODO PROCEDIMIENTO en su contra.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO.—DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1 -Con la norma del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal se garantiza la defensa de la investigación, a fin de que culmine normalmente con el descubrimiento de la verdad histórica de los sucesos criminosos y demás objetivos de que tratan los artículos 221 y 294 ibídem. De suerte que el acto procesal revelado indebidamente debe referirse a una pieza importante del sumario que, una vez conocida, pueda desviar los rumbos de la investigación, en perjuicio de la justicia y de la sociedad.

2—El hecho concreto que caracteriza el delito contra los funcionarios públicos consiste en el empleo de coacción (violencia o amenaza) contra el representante de la autoridad para exigirle la ejecución o la omisión de un acto propio de su empleo, o también para tratar de impedir o turbar el ejercicio de las funciones oficiales. Esta clase de ilícitos pertenece a la categoría de los llamados FORMALES, y por eso se consuman con el solo uso de la violencia, encaminado a una de aquellas finalidades específicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos

En el Juzgado Civil del Circuito de Istmina cursaba un juicio de quiebra contra Adriano Rivas L., del cual se habían desprendido dos investigaciones penales: una por detención arbitraria contra el Juez que conocía de la quiebra, y otra por varios delitos contra los acreedores y el abogado Ramón Lozano Garcés.

El día 19 de febrero de 1953, cuando se estaba realizando en dicho juicio la diligencia de secuestro y entrega de los bienes al Síndico de la quiebra, el apoderado de Rivas L., trató de obtener, sin lograrlo, la suspensión del acto mediante distintos recursos, entre ellos, sugiriéndole al Juez que se declarara impedido en vista del proceso que se le seguía en el Juzgado Penal del Circuito, negocio que, por otra parte, podía tener repercusiones en la litis de quiebra, y entonces era el caso de paralizar ésta conforme al artículo 11, inciso 2º, de la Ley 94 de 1938. Para conseguir dicha finalidad, el mismo apoderado y su cliente señor Rivas le pidieron al Juez de lo Penal, con carácter urgente, que le hiciera saber al Juez Civil la existencia de los dos sumarios mencionados. Y fue así como el funcionario penal dirigió el propio 19 de febrero de 1953 el oficio que en seguida se copia:

"Juzgado Penal del Circuito. — Número 71.— Istmina, febrero 19 de 1953.—Señor Juez Civil de este Circuito.—E. S. D.—Para lo de su resorte y fines consiguientes, me permito transcribirle a Ud., un auto recaído a un memorial signado por los señores Dr. Sergio Abadía Arango y Adriano Rivas, el que es del tenor siguiente: "Juzgado Penal del Circuito. Istmina, diecinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y tres. Por lo que informa la secretaría y por cuanto la petición contentiva del presente memorial, está arreglada a derecho, se dispone oficiar al Juez del Circuito en lo Civil de Istmina, en orden de notificar sobre la iniciación por este Juzgado de las diligencias sumarias que se siguen, por los delitos indicados, contra el Juez Cleofás Delgado y el doctor Ramón Lozano Garcés, respectivamente, y para que, en cuanto a la entrega de los bienes o elementos que de algún modo tengan relación directa con los hechos denunciados, proceda de conformidad en el inciso 2º del artículo 11 del C. de P. Penal— Notifíquese y cúmplase. — (Fdo).— Neftalí Mosquera y Mosquera. — El Secretario. (Fdo).— Heladio Mosquera M."— Los negocios a que me refiero son: el seguido contra el Sr. Cleofás Delgado, como Juez Civil de este Circuito, por **detención arbitraria**; y el que se adelanta en contra del Dr. Ramón Lozano Garcés y otros, por **uso indebido de documentos** y otros delitos".— Sírvase acusarme recibo. —Atentamente: (Fdo.),

Neftalí Mosquera y Mosquera, Juez Penal del Circuito".

En este documento vieron los doctores Arturo Ferrer Ferrer y Ramón Lozano Garcés una violación de la reserva del sumario que se le instruía al Juez Civil del Circuito, por cuanto en ese negocio aún faltaba recibirle indagatoria al sindicato, "y por lo mismo debiera estar sujeto a la más absoluta reserva". Con esa actitud —agregaron aquéllos—, el investigador quiso "amedrentar a su colega civil, indudablemente con el propósito de ser dócil a las sugerencias del abogado Abadía Arango y del quebrado Rivas".

Por lo tanto, presentaron la correspondiente denuncia contra el Juez Penal del Circuito de Istmina, doctor Neftalí Mosquera y Mosquera. Instruído el sumario, el Tribunal Superior de Quibdó le puso fin el 24 de febrero de 1954 con sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, providencia que debe revisar la Corte en grado de consulta.

El Tribunal halló que eran dos las infracciones que podrían imputársele al Juez acusado: violación de la reserva del sumario y abuso de autoridad, ambas inexistentes en su concepto. En cuanto a la primera, porque el doctor Mosquera y Mosquera, en el oficio que le dirigió al Juez de la quiebra, "no hizo conocer... ni en todo ni en parte documentos, diligencias o cualquiera otra de las piezas que fueron recogidas y allegadas a los expedientes penales levantados por el mismo funcionario en contra de los señores Ramón Lozano Garcés y Cleofás Delgado". Y respecto del segundo ilícito tampoco lo cometió, en virtud de que la intención del doctor Mosquera fue sólo la de interpretar honestamente la norma del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, y nunca la de "impedir que su colega dejara de cumplir con su deber, no llevando a la práctica el secuestro tantas veces mencionado".

Por su parte, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal acepta también que no se realizó la violación de la reserva del sumario. Pero en lo que atañe al abuso de autoridad, manifiesta que deben practicarse varias diligencias para el mejor esclarecimiento de los hechos. Y, al efecto, solicita la práctica de inspecciones oculares en los procesos contra Cleofás Delgado y Ramón Lozano Garcés, y la expedición de copias sobre las actuaciones allí cumplidas hasta el 19 de febrero de 1953, "con el objeto de establecer claramente hasta qué punto hubieran podido influir ellas en el negocio civil".

Pide, en consecuencia, el señor Agente del Ministerio Público que se sustituya el auto consultado por un sobreseimiento temporal para poder perfeccionar la investigación en la forma indicada.

La Corte, sin embargo, considera innecesarias las pruebas a que alude el eficaz colaborador de la Sala, por lo que adelante se dirá.

El primer cargo, atinente a la reserva del sumario, es absolutamente infundado.

Al tenor del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal —que prevé especialmente el ilícito—, la violación de la reserva del sumario consiste en revelar, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que lo forman, a personas distintas de las que intervienen como sujetos procesales. Con dicha norma se garantiza la defensa de la investigación, a fin de que culmine normalmente con el descubrimiento de la verdad histórica de los sucesos criminosos y demás objetivos de que tratan los artículos 271 y 294 ibidem. De suerte que el acto procesal revelado indebidamente debe referirse a una pieza importante del sumario que, una vez conocida, pueda desviar los rumbos de la investigación, en perjuicio de la justicia y de la sociedad.

"El objetivo —acaba de decir la Corte— que la ley persigue al tutelar la reserva de las investigaciones penales es el favorecer la averiguación de la verdad con la efectividad de las pruebas que conducen a ella... No es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso, constituyendo su prueba. Para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo la prohibición legal, es necesario que en ellas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, alguno de los elementos probatorios allegados al proceso". (Auto de 21 de abril de 1955).

En el oficio Nº 71, de fecha 19 de febrero de 1953, que el Juez doctor Mosquera y Mosquera dirigió al Juez de la quiebra, se limita a noticiarlo "sobre la iniciación por este Juzgado de las diligencias que se siguen... contra el Juez Cleofás Delgado y el doctor Ramón Lozano Garcés, por detención arbitraria, y por uso indebido de documentos y otros delitos", en su orden.

Es decir, en ese informe no se incluye nada que pertenezca al contenido del sumario. Luego mal podía violarse su reserva, si el Juez Civil quedó totalmente ignorante acerca de la existencia de elementos probatorios concernientes al curso de

la investigación. Más aún: la conducta del sindicado tuvo apoyo en los artículos 11 del Código de Procedimiento Penal y 34, aparte a), de la Ley 29 de 1944, lo que descarta su antijuridicidad.

La segunda imputación, o sea que el Juez quiso presionar al funcionario que conocía del juicio de quiebra para impedirle llevar adelante la diligencia de secuestro, la han ubicado el Tribunal y el Procurador en la familia delictuosa de los abusos de autoridad. Pero el hecho denunciado no encaja allí, sino en la casilla de los "Delitos contra los funcionarios públicos", a que aluden el Libro II, Título III y Capítulo VIII del Código Penal.

En efecto, en esta última clase de ilícitos agrupó el legislador todas las acciones punibles que tienden a destruir o cercenar el ordenado y legal desenvolvimiento de la actividad funcional de los órganos del Estado, y especialmente la libre determinación de la voluntad de los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El hecho concreto que caracteriza el delito consiste en el empleo de coacción (violencia o amenaza) contra el representante de la autoridad para exigirle la ejecución o la omisión de un acto propio de su empleo, o también para tratar de impedir o turbar el ejercicio de las funciones oficiales. Esta clase de ilícitos pertenece a la categoría de los llamados **formales**, y por eso se consuman con el solo uso de la violencia, encaminado a una de aquellas finalidades específicas.

Afirman los denunciantes que el Juez doctor Mosquera, al dirigir el oficio cuestionado, se propuso "amedrentar a su colega civil" para que el abogado Abadía Arango lograra la suspensión de la diligencia de secuestro. Pero es lo cierto que en el documento dicho no iba consignada ninguna amenaza o intimidación contra el funcionario de lo civil para que interrumpiera sus funciones o dejara de continuar el secuestro ya iniciado. Apenas se le llamaba la atención sobre la existencia de los sumarios y sobre el cumplimiento posible del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, cuya observancia o inobservancia quedaba, por lo mismo, al libre criterio del destinatario. Tan evidente es ello, que el Juez Civil del Circuito continuó el acto, fundándose en que el artículo 11 en cita sólo tiene operancia en el momento de dictar la sentencia definitiva, y no durante la actuación procesal, según doctrina de la Corte.

En tales circunstancias, el delito contra funcionario público no se estructura aquí ni otro distinto. De ahí que las pruebas solicitadas por el señor Procurador resulten inoficiosas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, **confirma** el sobreseimiento definitivo objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTO

La causal de impedimento prevista en el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento, en la parte que dice haber el Juez o Magistrado "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", se refiere a situaciones diferentes que pueden confrontarse en un momento dado en los negocios penales, así:

La primera, que la persona en su carácter de particular haya emitido concepto u opinión sobre el tema que se debate ante las autoridades judiciales, y que posteriormente le corresponda conocer de este mismo negocio en calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional, bien sea con el carácter de Juez o bien con el de Magistrado, caso en el cual sería pertinente la aplicación de la norma comentada; la segunda, que el Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones hubiera emitido concepto u opinión en providencia de fondo (auto de proceder o sentencia de primera instancia) y que posteriormente ese mismo funcionario al desempeñar un cargo de superior jerarquía dentro de la administración de justicia, tuviera que revisar por recurso de apelación o consulta la providencia que él dictara en el mismo proceso.

En este caso, la ley, para tutelar los derechos del procesado, y para garantizar la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia, acepta la causal de impedimento con base en lo dispuesto por el artículo 73 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, o sea el hecho de haber manifestado su concepto u opinión en el asunto materia del debate o del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

La Corte debe resolver el impedimento manifestado por el doctor Alfonso Cardoza Ortiz, para conocer del negocio que debe iniciarse ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra el ex-Juez de Menores, doctor **Carlos Alberto Olano.**

Auto del Magistrado impedido

En providencia de veintisiete de abril del presente año, el doctor Cardoza Ortiz se declara impedido para conocer del presente negocio, y en ella dice:

a).—"Que cuando se discutió en las reuniones plenas de la Corporación el procedimiento a seguir a raíz del informe-renuncia presentado por el doctor Luis Enrique Borrero a la sazón Juez de Menores del Departamento, donde denuncia graves hechos delictuosos relacionados con los dineros que el ex-Juez Olano manejaba por razón de sus funciones, fui de opinión y así lo propuse, que el Tribunal debía solicitar el inmediato envío de un investigador al Ministerio de Justicia".

b).—Que al ser negada su proposición, se dirigió al Contralor General de la República, a quien puso en conocimiento de los hechos ocurridos, diciendo:

"Por una mal entendida solidaridad con el colega acusado, no es posible llegar hasta el encubrimiento del delito".

Estas dos circunstancias, solicitud de un Investigador y memorial-renuncia, dirigido al Contralor General de la Nación, son las causas del impedimento alegado con base en lo dispuesto por el artículo 73, Numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, o sea el de haber el Juez o Magistrado "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

Providencia del Tribunal

En auto de veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Dual— **declara im-**

fundada la manifestación de impedimento, y aduce como razón la siguiente:

"...la opinión a que se refiere esa causal debe ser sobre la materia **sub-judice** propiamente tal, y debe ser seria y fundada, no precipitada y ligera, porque únicamente así las opiniones actúan como fuerzas morales que ligan la conciencia a determinadas tesis o conceptos, coartando la libertad de pensamiento y constituyendo un verdadero impedimento para la recta administración de la justicia, cuya finalidad y garantías pueden verse supeditadas por el preconcepto y sacrificadas por él".

"Pero según lo manifestado por el doctor Cardoza Ortiz sus opiniones no han versado propiamente sobre la materia **sub-judice** y no han podido por tanto reunir aquellas condiciones que las erigen en causales de impedimento, de donde precisa concluir que no le asiste la invocada para separarse del conocimiento de este negocio".

Se considera:

La causal de impedimento prevista en el artículo 73 numeral 4º del Código de Procedimiento, en la parte que dice haber el Juez o Magistrado "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", se refiere a situaciones diferentes que pueden confrontarse en un momento dado en los negocios penales, así:

La primera, que la persona en su carácter de particular haya emitido concepto u opinión sobre el tema que se debate ante las autoridades judiciales, y que posteriormente le corresponda conocer de este mismo negocio en calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional, bien sea con el carácter de Juez o bién con el de Magistrado, caso en el cual sería pertinente la aplicación de la norma comentada; la segunda, que el Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones hubiera emitido concepto u opinión en providencia de fondo (auto de proceder o sentencia de primera instancia) y que posteriormente ese mismo funcionario al desempeñar un cargo de superior jerarquía dentro de la administración de justicia, tuviera que revisar por recurso de apelación o consulta la providencia que él dictara en el mismo proceso.

En estos casos, la ley, para tutelar los derechos del procesado, y para garantizar la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia, acepta la causal de impedimento con base en lo dispuesto por el artículo 73 Numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, o sea el hecho de haber manifestado su concepto u opinión en el asunto materia del debate o del proceso.

Pero la circunstancia de pedir, por una parte, el nombramiento de un investigador para que se adelante el proceso, y por otra, la de presentar la correspondiente denuncia y posteriormente conocer de ella, no son hechos que la ley procedimental erige como causales de impedimento. Lo contrario, es deber de todo funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de que se ha cometido una infracción penal, cuando ella debe adelantarse oficiosamente, la de ponerla en conocimiento de la autoridad competente para que se inicie la correspondiente investigación, (Art. 10 del C. de P. P.) y el cumplimiento de los deberes prescritos por la ley, en ningún caso constituyen causal de impedimento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara infundado** el impedimento manifestado por el Magistrado Alfonso Cardoza Ortiz, para que se le declare separado del conocimiento del negocio que por un delito de peculado se adelanta contra el doctor Carlos Alberto Olano, ex-Juez de Menores del Circuito de Cali.

Cópiese y devuélvase el presente negocio.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTO

Ni por el aspecto de la causal 2ª, ni por el de la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, el impedimento manifestado por el doctor Porras es pertinente alegarlo en el presente negocio. Lo primero, porque no se trata de revisar una providencia que él mismo hubiera dictado en materia penal, que sería el motivo invocado según puede colegirse de las razones expuestas en la providencia que se deja transcrita: lo segundo, que probablemente sería lo más pertinente, es el de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", por cuanto afirma que lo expresado en la sentencia dictada en el juicio de separación de bienes "incide primordialmente sobre los hechos que fueron materia de la presente denuncia"; pero resulta que el automóvil objeto del secuestro y posteriormente de la venta, según lo afirma el Juzgado Superior en auto de siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, "no pertenece al demandado y por lo tanto no entra en la separación de bienes decretada por el Juzgado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. - Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la legalidad del impedimento manifestado por el Magistrado Gabriel Francisco Porras, en el sumario seguido contra Elvira Jaramillo o María Muñoz Ospina, por un delito de abuso de confianza.

Causal de impedimento

En auto de catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, se dice:

"Como el suscrito Magistrado dictó cuando desempeñaba el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, la sentencia en el juicio de separación de bienes entre el señor Carlos Bertoncini y su esposa, se declara impedido para conocer en el presente negocio penal, por cuanto lo dispuesto en aquella sentencia incide primordialmente sobre los hechos que fueron materia del denuncio formulado por el doctor Enrique Arrázola...".

Auto del Tribunal

En providencia de diez y seis de marzo del presente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, declara infundada la causal de impedimento, por no ser aplicable al presente negocio lo dispuesto por el artículo 73 en su numeral 7v del Código de Procedimiento Penal.

"La atenta lectura de la causal transcrita lleva al ánimo el convencimiento de que la ley se refiere allí, exclusivamente, a negocios de una misma naturaleza, porque no es revisable por la justicia penal un asunto de índole civil, o viceversa. El Magistrado doctor Porras, como Juez Segundo del Circuito en lo Civil, falló un negocio civil, con un criterio de derecho civil y con aplicación de normas de derecho civil. Ese negocio, como tal, excluye por esencia toda cuestión de índole delictuosa".

"La cuestión que el Tribunal deberá decidir en el fondo, en el caso a que se refiere el impedimento, es la legalidad o ilegalidad del auto de fecha siete de octubre de 1954, originario del Juez Primero Superior, en el cual este funcionario se niega a decretar la detención preventiva de la señora Elvira Jaramillo o María Muñoz, sindicada del delito de estafa, ilícito que el apelante del auto en cuestión hace consistir en el hecho de que la mencionada señora, designada secuestre de un automóvil marca FIAT cuya propiedad se controvertía dentro del juicio de separación de bienes adelantado por los esposos Bertoncini, vendió a un tercero dicho vehículo, no obstante hallarse vigente el susodicho secuestro...".

Se considera:

Ni por el aspecto de la causal 7ª, ni por el de la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, el impedimento manifestado por el doctor Porras es pertinente alegarlo en el presente negocio. Lo primero, porque no se trata de revisar una providencia que él mismo hubiera dictado en materia penal, que sería el motivo invocado según puede colegirse de las razones expuestas en la providencia que se deja transcrita: lo segundo, que probablemente sería lo más pertinente, es el de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", por cuanto afirma que lo expresado en la sentencia dictada en el juicio de separación de bienes "incide primordialmente sobre los hechos que fueron materia de la presente denuncia"; pero resulta que el automóvil objeto del secuestro y posteriormente de la venta, según lo afirma el Juzgado Superior en auto de siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, "no pertenece al demandado y por lo tanto no entra en la separación de bienes decretada por el Juzgado".

En estas condiciones, los problemas debatidos en el juicio de separación de bienes, son totalmente extraños a lo que deba resolverse en el proceso penal. El abuso de confianza (venta de un automóvil) por el cual se sindica a un tercero que asumió la calidad de secuestre, no incide en la determinación del juicio civil, porque en éste, las razones alegadas para obtener la separación de bienes, son independientes de las que se pueden invocar para demostrar el abuso de confianza, no realizado por las partes que intervinieron en la separación de bienes, sino, por la persona que prevalida del título de secuestre y abusando de ese derecho dió en venta una cosa que no era de su pertenencia, y éste, precisamente, es el problema que debe dilucidarse en el proceso penal, si a ello hubiere lugar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara infundado** el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Gabriel Francisco Porras para conocer del negocio que se adelanta contra la señora Elvira Jaramillo o María Muñoz Ospina, por un delito de abuso de confianza.

Cópiese y devuélvase el presente negocio.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

CONDENA CONDICIONAL.—TECNICA DE CASACION

1—El recurso de casación no puede considerarse fundado cuando quien acude a este medio extraordinario circunscribe su actividad a oponer su criterio adverso al fallo. Y si el ataque consiste en haberse errado en la interpretación de los hechos, hay que señalar la parte en que eso sucedió, previo el análisis jurídico de los mismos, análisis que debe llevar al pleno convencimiento de la arbitrariedad de la sentencia, para que así sea posible reemplazarla por otra.

2—La condena condicional, establecida como sustitutiva de las penas carcelarias de duración breve, obedece a la conducta anterior del procesado, a la naturaleza y modalidades del delito, a la personalidad del agente, etc., pero en manera alguna significa o implica duda acerca del fenómeno de la responsabilidad, pues la calidad de condicional no le quita su carácter de condenatoria, resultado de un juicio en que fue vencido el infractor, declarándosele culpable. Ella y la libertad vigilada son dispositivos transformadores de sanciones en medidas de seguridad, y de ese beneficio gozan quienes merezcan el crédito que la Ley les abre, una vez comprobado el delito y en vista de los factores que concurrieron en el mismo y de la persona del responsable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Demandada la sentencia de 30 de noviembre de 1953, del Tribunal Superior de Cali, en cuanto es condenatoria para Humberto Mellizo —por el delito de estafa, en perjuicio del Banco del Comercio, sucursal de la ciudad nombrada, en donde él ejercía en un principio las funciones de contador a órdenes de Jaime Lozano Cobo, el otro procesado, a quien luego reemplazó—, va la Corte a estudiar los cargos que contra ella se formulan en el escrito que para sustentar el recurso fue presentado oportunamente en la Secretaría de la Corporación.

La demanda

Se pide allí que se declare "procedente cualesquiera de las causales de casación relacionadas en los numerales 1º y 2º del art. 567 del C. de P. P.", y se dicte, en consecuencia, el fallo absolutorio que debe ocupar el lugar del impugnado.

Respecto del primer punto, que se refiere a la violación de la Ley Penal, el demandante se limita a criticar el fallo en las siguientes palabras:

"En efecto, a mi representado se le condena como cómplice del delito de estafa. Para que una persona pueda considerarse como cómplice de un delito es preciso que se demuestre que sus actividades no solamente fueron suficientes para producir el efecto delictivo que con ellas se persigue, sino también que exista dolo específico en el hecho imputado por parte del agente. Y en el proceso no se encuentran esos elementos y consecuencialmente, hubo errada interpretación y aplicación de la Ley Penal".

En el segundo, parte el autor del libelo de este supuesto: que "se han interpretado erradamente los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen", y en desarrollo de tal premisa emprende una labor histórica del proceso, de cuyo contenido extrae los argumentos que a continuación se resumen y en los cuales funda la solicitud de que sea absuelto "su defendido";

Primero: que la investigación tuvo origen en la denuncia de Humberto Mellizo, quien explicó los procedimientos de que se valía Jaime Lozano Cobo —empleado de mayor jerarquía en el Banco— para efectuar el fraude;

Segundo: que Mellizo, al darse cuenta del "descuadre" de mil pesos (valga advertir que lo defraudado ascendió a más de $ 30.000.00) que había dejado en el Banco Lozano Cobo, le suplicó a éste o le exigió la cancelación de ese valor ($ 1.000.00); y que sólo para conseguirlo tuvo

que darle en préstamo —de los fondos del Banco— la suma de $ 700.00 que Lozano Cobo le solicitó con tal fin. O sea, y esto se anota a título de curiosidad, que quien debe mil pide setecientos para estar en capacidad de devolver mil setecientos.

Tercero: que Mellizo no obró con el propósito de obtener un lucro personal sino ante el temor de perder su puesto en la entidad bancaria, en la que él era subordinado del verdadero autor de la estafa (Lozano Cobo), quien hacía, según parece darlo a entender el demandante, de incubo, prevalido de su superioridad de la que se sirvió para tratar de convertirlo en cómplice. Y sea también oportuno apuntar que esa superioridad no era efectiva, porque en aquel tiempo ya Lozano Cobo se hallaba fuera del servicio del Banco.

Cuarto: que el hecho de que se hubiera dictado sentencia de carácter condicional, indica que aún para el mismo sentenciador "está latente la convicción de que Humberto Mellizo no es un criminal"; y

Quinto: que el no haberse conformado Mellizo con el tal beneficio y con la benignidad de esa determinación de la Justicia, significa que es "hombre inocente".

CONTESTACION A LA DEMANDA

En forma ordenada y concisa, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal replica al cargo atinente a la errada interpretación que de los hechos —conforme al parecer del demandante— hizo el Tribunal Superior de Cali en el fallo objeto de la crítica.

En cuanto al primer cargo, que apenas viene enunciado en el pliego respectivo, lo rechaza de plano, no sin advertir con mucho acierto que además de esa deficiencia, que de por sí lo releva de todo análisis, puesto que no se puede defender lo que no ha sido atacado, el escrito parte de un falso supuesto al afirmar, contra lo evidente, que Humberto Mellizo se le condenó como cómplice de la estafa, cuando en realidad su posición es la de autor, según lo fija la sentencia en la parte que reproduce el señor Procurador.

Anota que tampoco está en lo cierto el demandante al argüir que el delito se averiguó por el sólo informe de Mellizo, sino por la revisión practicada en los libros de contabilidad del Banco por los peritos Darío Castro C., y Roberto Soto M. De todo lo cual se deduce que únicamente cuando Mellizo se dió cuenta de que las maniobras de Lozano Cobo habían sido descubiertas y que no era posible seguir ocultándolas, tuvo que contribuir a aclararlas. De modo que la información de Mellizo no fue espontánea, ni siquiera oportuna, porque al enterarse del primer "déficit", el de los mil pesos, en vez de poner este hecho, como era su deber, en conocimiento de la gerencia del Banco, se plegó a la voluntad de Lozano e incurrió en el mismo procedimiento doloso empleado por éste para disimular el engaño, dándole entonces de los caudales del establecimiento la cantidad que demandaba. Y ésta es la explicación que en la sentencia —al referirse a Mellizo— se califica de pueril, lo que vale tanto como declararla inadmisible.

No se ocupa la Procuraduría en los otros motivos del escrito, entendidos por ella como "consideraciones de carácter general, más apropiados para un alegato de instancia que para una demanda de casación". Y de ahí que, apoyado en lo que sobre el particular ha expuesto esta Sala de la Corte en repetidos fallos, varios de los cuales cita y transcribe en sus partes pertinentes, solicite que no se invalide la sentencia acusada.

Lo alegado

Es preciso observar, en primer término, que en la demanda se plantea la inocencia del procesado Humberto Mellizo. Se plantea, pero no se demuestra, pues el tema, siendo él de tanta importancia, apenas se esboza. Y asimismo procede el actor al aludir a la falta de interés personal en la actuación de Mellizo, la que favorecía únicamente a Lozano Cobo, su antiguo jefe en las dependencias de contabilidad del Banco de Comercio de Cali.

Sin duda había materia para intentar —cuando menos—, un debate sobre los elementos del delito de estafa, tal como aparece contemplado en el art. 408 del C. P. Porque el aspecto concerniente al "provecho ilícito" que se obtiene con la estafa ha sido bastante discutido por los expositores, y así puede verse que algunos de ellos, como Manzini, sostienen, en contra del criterio casi unánime de que el daño debe ser material y de índole exclusivamente económica, que el provecho es todo beneficio, en éste entran los de orden moral no susceptibles de estimación en dinero.

Ocurre, sinembargo, que en el caso que se estudia, aún en frente de la tesis doctrinaria más aceptable, es decir, la que coloca la utilidad o

ventaja que con este ilícito se obtiene en el simple plano de lo pecuniario, a Humberto Mellizo, aún admitida su disculpa, lo determinó el conservar su posición en el Banco, o, lo que es lo mismo, el no perder el puesto remunerado del que indudablemente derivaba un fruto de orden económico. Y con esto quedaría contestada la principal objeción a la sentencia, de haberse sustentado el punto en forma adecuada en la demanda.

Fundamento del recurso de casación

El recurso de casación no puede considerarse fundado cuando quien acude a este medio extraordinario circunscribe su actividad a oponer su criterio adverso al fallo. Y si el ataque consiste en haberse errado en la interpretación de los hechos, hay que señalar la parte en que eso sucedió previo el análisis jurídico de los mismos, análisis que debe llevar al pleno convencimiento de la arbitrariedad de la sentencia, para que así sea posible reemplazarla por otra. Porque se ha dicho que la casación, más que un recurso, es una acción de puro derecho sobre la sentencia, cuya legalidad se presume, así como en las instancias se presume la inocencia del sindicado. Y si hay que probar contra la de éste para que pueda declarársele culpable, una vez hecha esa declaración en la etapa final del juicio, agotadas sus instancias naturales, le corresponde a quien la impugna probar contra la injuridicidad o inconformidad con la Ley de la sentencia que la contiene. En la casación no se trata de juzgar a quien ya fue juzgado sino de examinar el resultado del juicio que terminó en sus grados ordinarios, lo que los tratadistas franceses expresan diciendo: "Casser un jugement ce n'est pas juger". Y así, se repite, este recurso es una especie de jurisdicción de límites ceñidos al examen de la sentencia acusada y sólo por los motivos que se aduzcan y se prueben, aclarando, eso sí, que probar no significa aquí presentar documentos o exhibir nuevos testimonios. No es una tarea sino un razonamiento que impone hacer un debate jurídico —no objetivo— de donde surja la evidencia de la mala o indebida aplicación de la Ley. Sólo en esa forma se cumple, por su origen y por su finalidad, con este recurso, con el que no hay ningún procedimiento oficioso y que ha sido colocado en las legislaciones de los países que lo adoptan no como una prolongación de la defensa del procesado sino como una medida extrema destinada a mantener la unidad de derecho en la jurisprudencia nacional.

Claro que también se reparan con él las injusticias al dictar una nueva sentencia que supla a la impugnada, tal como sucede cuando las causales que se invocan son la primera y la segunda del art. 567 del C. de P. P. Y en esto se distingue el sistema colombiano del francés. En éste, en ningún caso se entra a conocer el fondo del proceso; la labor se reduce allí a declarar la equivocación y anular el fallo, con lo cual el recurso cumple su objeto y la suprema autoridad judicial ante quien se interpone agota sus poderes. Se casa la sentencia, pero no se juzga.

En suma, nada hay que agregar a la réplica del señor Procurador; y de ahí que sea necesario concluir, sin más consideraciones, que no están fundadas las causales de casación invocadas por el autor de la demanda. No lo está la primera, porque se omitió expresar en qué consiste la violación de la Ley Penal; y no se fundó la segunda, porque tampoco demostró el demandante que se hubiera errado en la interpretación de los hechos o se les hubiera dado a los mismos un valor probatorio de que carecían. Alegó simplemente la inocencia "de su defendido", y no el que hubiera sido condenado como autor, correspondiéndole otra situación en el hecho, por ejemplo, la de cómplice, como lo sostuvo el Juez de primera instancia, o cualquiera otra forma de auxilio o participación posterior o ex post facto. Esta parte del fallo no fue discutida y, por lo tanto, la Sala no está facultada para pronunciarse acerca de esa materia.

Circunstancias inoperantes

Por último, tratar de encontrarle justificación al aserto de que la sentencia condicional proferida con respecto a Humberto Mellizo conduce al convencimiento de su inocencia, es algo fuera de lugar y de muy escasa fuerza dialéctica. Fuera de lugar, porque resulta impropio de una demanda tan exigente y precisa como debe ser la destinada a sostener el recurso que aquí se considera apartarse del tema de estricto derecho que él reclama; y de muy poca capacidad probatoria, porque la condena condicional, establecida como sustitutiva de las penas carcelarias de duración breve, obedece a la conducta anterior del procesado, a la naturaleza y modalidades del delito, a la personalidad del agente etc., pero en manera alguna significa o implica duda acerca del fenómeno de

le responsabilidad, pues la calidad de condicional no le quita su carácter de condenatoria, resultado de un juicio en que fue vencido el infractor, declarándosele culpable. Ella y la libertad vigilada son dispositivos transformadores de sanciones en medidas de seguridad, y de ese beneficio gozan quienes merezcan el crédito que la Ley les abre, una vez comprobado el delito y en vista de los factores que concurrieron en el mismo y de la persona del responsable.

Igual respuesta debe darse al otro argumento, con el cual se pretende deducir de la "benignidad" del fallo la inocencia de Humberto Mellizo

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con la solicitud del señor Procurador Segundo Delegado, NO CASA la sentencia de 30 de noviembre de 1953 del Tribunal Superior de Cali en la cual se le impuso —en forma condicional— a Humberto Mellizo la pena de un año y seis meses de prisión, como autor —en concurrencia con Jaime Lozano Cobo— del delito de estafa.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. —**Jesús Estrada Monsalve.** — **Domingo Sarasty Montenegro.** — **Luis Zafra.** — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

RECURSO DE REVISION

1.—En las legislaciones se ha establecido ese recurso contra los errores que lleven consigo la condena de inocentes. Y para que se ordene un nuevo juicio, como consecuencia de haberse considerado procedente el recurso, es necesario demostrar una de estas causas: 1ª Que dos o más personas están cumpliendo condena por un mismo delito que no puede ser cometido sino por una de ellas o por un número menor de las sentenciadas; 2ª Que alguien ha sido condenado como responsable de haber dado muerte a quien aparece vivo; 3ª Cuando se demuestra que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba que haya podido determinar el fallo condenatorio; 4ª Cuando la sentencia se haya producido en virtud de documento o prueba secreta que no existía en el proceso; y 5ª Cuando después de la condenación aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas a tiempo en los debates, que establezcan la inocencia del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

2.—El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia SUB-JUDICE es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada.

3.—En el recurso de revisión, las pruebas que se aduzcan deben conducir necesariamente a la demostración completa de cualquiera de las causales de revisión.

4.—No se puede dejar al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal.—Bogotá, siete de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Al sitio de "La Cañada", Municipio de La Palma, en donde Víctor Campos tenía una casatienda, se presentaron, como a eso de las 10 de la noche del 19 de octubre de 1952, varios individuos (en total 10), ocho de ellos vistiendo ropas de la policía o del ejército, todos armados con fusiles, revólveres y machetes, y luego de amenazar a los moradores y de alarlos, obligaron al dueño a entregarles la cantidad de $ 680.00 que guardaba en un lugar del predio, cantidad que se llevaron, amén de algunos otros bienes destinados al servicio de los habitantes y a la provisión de la cantina. En la casa se hallaban, además del ya nombrado Víctor Campos, las siguientes personas: Anatilde Mahecha, Víctor Manuel Anzola y Verónica Chaparro, quienes reconocieron entre los asaltantes a Juan Nepomuceno Forero, individuo que no estaba en buenos términos con Campos y quien a pocos metros del paraje tenía también un expendio de licores y de víveres.

Por este hecho, (robo) fue condenado Juan Nepomuceno Forero a diez años de presidio en sentencia de 10 de febrero de 1953, del Juzgado Promiscuo Municipal de La Palma, la cual aprobó, en la suya del 30 de mayo del mismo año, el Juzgado Penal del Circuito de La Palma. Y contra ellas se interpuso el recurso de revisión que aquí se ha tramitado hasta ponerlo en estado de decidir.

La demanda

Con el memorial dirigido a la Sala, al proponer el recurso, el demandante acompaña las declaraciones —recibidas a su solicitud en el Juzgado Penal del Circuito de La Palma—, de Aquilina Martínez de Forero, Víctor Campos, Anatil-

de Mahecha de Campos, Josefa Plata, Víctor Manuel Anzola, Verónica Chaparro, Cruz Hernández (mujer), Ricardo Obando, Gustavo Vega, Octavio Delgado, Luis Felipe Jiménez y Emma Villamarín.

Se proponía, quizás, el demandante con tales pruebas desquiciar los fundamentos de las sentencias y traer al conocimiento de la Sala hechos nuevos no conocidos durante el juicio, pero principalmente formular este cargo: que el proceso contra Forero fue el resultado de una confabulación urdida por Campos, quien presionó a los testigos para que señalaran a Forero como uno de los asaltantes, librándose así de un competidor en el negocio que ambos habían establecido en la región.

Se dice que tal pudo ser el propósito del demandante y no que en realidad lo fue, porque el no hizo uso del término que tenía para alegar, y así, no concretó los cargos ni fijó su pensamiento sobre la tesis legal a que anunció acogerse.

Pero de las pruebas traídas para intentar el recurso, sólo una, la declaración de Verónica Chaparro, tiene alguna importancia, como luego se verá. Apoyado en ella, el demandante alega las causales tercera y quinta del art. 571 del C. de P. P.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se niegue el recurso de revisión. Dice así al ocuparse en el examen de la Causal Tercera:

"El recurrente, después de hacer una crítica extemporánea —el recurso de revisión no se presta para esta clase de debates propios de las instancias y, en casos determinados, de la Casación— al valor probatorio de algunos testimonios, presenta una declaración de nudo hecho, rendida por Verónica Chaparro, según la cual esta mujer fue obligada a declarar dentro del proceso por los esposos Campos, quienes la amenazaron con el ejército y la policía y le ofrecieron diez pesos si decía ante la autoridad que había reconocido a Juan Nepomuceno Forero como uno de los asaltantes de la noche de autos, y propone la revisión del proceso por considerar que este testimonio "determinó el fallo respectivo".

"Como ya se ha dicho, los falladores tuvieron en cuenta no sólo la declaración de Verónica Chaparro para producir su fallo condenatorio, sino también, los de Víctor Campos, Anatilde Mahecha y Víctor Manuel Anzola, todos los cuales fueron ampliamente analizados y pesados en su valor jurídico, a la luz de la crítica del testimonio, y hallados aptos para producir la condenación de Juan Nepomuceno Forero. Y si ahora viene Verónica Chaparro a retractarse de lo dicho por ella en el proceso, no por ello dejan de tener su pristino valor probatorio los otros testimonios. Vale decir, que la declaración de la Chaparro "no determinó", por sí sola, el fallo; y por esta razón, aún en el supuesto de la falsedad de su dicho, no puede prosperar la proposición de ser revisada la sentencia que fue determinada, además, por las otras pruebas".

Respecto de la Causal Quinta expone:

"En nombre de esta causal el recurrente alega que todo este proceso adelantado hasta llegar a la condenación de Juan Nepomuceno Forero está basado exclusivamente en una patraña fraguada por los esposos Campos, movida por la envidia y el resentimiento que a éstos les causaba la prosperidad de aquél en un negocio de cantina establecido cerca de donde los Campos ejercían el mismo oficio pero en escala más reducida.

"Para probar su aserto presenta las declaraciones de Aquilina Martínez de Forero, esposa del condenado; Víctor Campos, denunciante; Anatilde Mahecha de Campos, esposa del denunciante; Josefa Plata, Víctor Manuel Anzola, Verónica Chaparro, Cruz Hernández, Ricardo Obando, Gustavo Vega, Octavio Delgado, Luis Felipe Jiménez y Emma Villamizar "(sic)" pero de tales testimonios no puede deducirse con certeza jurídica que los hechos del proceso hayan sucedido evidentemente como los narra el abogado recurrente y que por ello constituyan "siquiera indicios graves" de la inocencia o irresponsabilidad de Juan Nepomuceno Forero en el delito de robo por el cual se le condenó.

"De estas declaraciones de nudo hecho, la única que afirma que Víctor Campos procedió con envidia al denunciar falsamente por robo a Juan Nepomuceno Forero, es la esposa legítima de éste cuyo testimonio, por esta causa, no puede ser considerado como totalmente imparcial en la narración de la verdad de los hechos; mas en el supuesto de que lo fuese, su dicho resulta ser apenas una suposición suya que ha acogido el abogado recurrente, pero que no se halla demostrado con la seriedad que requiere la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, para fundar en él la revisión del proceso.

"Los otros declarantes se refieren a hechos y circunstancias que fueron ya debatidos en el proceso o que por su carácter puramente secundario no constituyen "hechos nuevos que establezcan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado".

Fundamentos de los fallos

La responsabilidad de Juan Nepomuceno Forero se estableció por las vías indiciaria y testimonial. De modo que no fueron las simples afirmaciones de Víctor Campos, Anatilde Mancha, Víctor Manuel Anzola y Verónica Chaparro, de haber reconocido a Forero entre los asaltantes, cosa que aseveraron muy detalladamente y luego ratificaron en su presencia, las únicas pruebas que determinaron a los juzgadores para condenarlo, sino que también tuvieron en cuenta incidentes ocurridos en días anteriores, según los cuales Juan Nepomuceno Forero, en estado de embriaguez, había lanzado expresiones y asumido actitudes que indicaban sus propósitos y revelaban su malquerencia respecto de su vecino Víctor Campos. Y fuera de ello, se hizo en los fallos mención especial de los antecedentes de Forero, sumariado por delitos contra la propiedad y lesiones personales, y condenado por hurto, en primera y segunda instancia, en el Juzgado Penal del Circuito de La Palma y el Tribunal Superior de Bogotá (10 de mayo de 1949 y 5 de agosto del mismo año, respectivamente) a 12 meses de prisión.

La primera declaración de Verónica Chaparro

Tres días después del hecho, o sea, el 22 de octubre de 1952, Verónica Chaparro rindió amplia y pormenorizada declaración ante el Alcalde de La Palma. Allí expresó con toda seguridad y dando la razón de su dicho cómo había ocurrido el asalto a la casa de Víctor Campos y cómo y por qué había reconocido entre los invasores a Juan Nepomuceno Forero; cargo que sostuvo con igual firmeza en presencia de éste, en la diligencia de careo del 23 de octubre de 1952.

El nuevo testimonio

Pero la misma Verónica Chaparro, el 22 de febrero de 1954, en respuesta a un interrogatorio modelado por quien interpuso el recurso de revisión, manifestó ya que su primer testimonio había obedecido a requerimientos de Víctor Campos, quien le ofreció pagarle la cantidad de $ 10.00, y a amenazas del mismo.

Objeto del recurso de revisión

En las legislaciones se ha establecido este recurso contra los errores que lleven consigo la condena de inocentes. Y para que se ordene un nuevo juicio, como consecuencia de haberse considerado procedente el recurso, es necesario demostrar una de estas causas: 1ª Que dos o más personas están cumpliendo condena por un mismo delito que no pudo ser cometido sino por una de ellas o por un número menor de las sentenciadas; 2ª Que alguien ha sido condenado como responsable de haber dado muerte a quien aparece vivo; 3ª Cuando se demuestra que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba que haya podido determinar el fallo condenatorio; 4ª Cuando la sentencia se haya producido en virtud de documento o prueba secreta que no existía en el proceso; y 5ª Cuando después de la condenación aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas a tiempo en los debates, que establezcan la inocencia del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

Como acaba de verse, el recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en el uno la materia **sub judice** es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada. Así, pues, las pruebas que se aduzcan deben conducir necesariamente a la demostración completa de cualquiera de las causas que se han enumerado.

De éstas, la tercera y la quinta son las invocadas en el presente caso. Debo, pues, examinarse si cabe declararlas conducentes.

"...se demuestre que es falso algún testimonio..." dice la causal tercera. ¿Y cómo se demuestra esa falsedad? Desde luego no resulta admisible como prueba el dicho de quien lo dió, porque eso implicaría entrar en una serie de hipótesis que no conducirían a establecer como verdadero lo que se supone falso, ni a asegurar que en realidad algo fue falso. Porque si una persona, movida por la ambición de lucro, por el ofre-

cimiento de dinero, declara lo que no es cierto ni le consta, ni lo ha visto, igualmente, por la misma causa, será capaz de aseverar en sentido contrario, más tarde o más temprano. Un testigo así se hace sospechoso y, por consiguiente, no merece crédito para fundar sobre su relato un recurso que tiende a anular un proceso ya terminado, en el que se plantea, como ya se ha visto, la imposibilidad del delito o la inocencia del sentenciado. Sería apenas un caso de retractación, es decir, que quien lo rindió en el juicio lo retira años después, fenecido éste. Y no se puede dejar al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera. Y si ésta, como ocurre en el caso que se examina, parece la más aceptable, tanto por el modo de relatar los hechos y de ratificarlos luego ante el propio sindicado, no hay por qué considerar que aquella, que se produjo mucho tiempo después y que fue vertida sobre un formulario o modelo, es la exacta.

Esto quiere decir que no se ha probado que falso el testimonio de Verónica Chaparro cuando acusó a Juan Nepomuceno Forero. Y, por otra parte, las decisiones no descansaron solamente en esa afirmación. De manera que no prospera la causal tercera alegada.

En cuanto a la otra causal, basta considerar que está fundada en el mismo argumento. Fuera de ello, la nueva declaración de Verónica Chaparro, no ratificada durante el trámite del recurso, no es prueba de la inocencia de Juan Nepomuceno Forero ni constituye indicio grave de su irresponsabilidad en el delito por el cual se le condenó. O lo que es lo mismo, que tampoco se demostró esta causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso seguido en el Juzgado Promiscuo Municipal de La Palma y en el Juzgado Penal de ese Circuito contra Juan Nepomuceno Forero, por el delito de robo, por el cual fue condenado en sentencia de 10 de febrero de 1953 y 30 de mayo del mismo año, respectivamente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CUESTIONARIOS QUE SE SOMETEN AL JURADO DE CONCIENCIA. — SU CONTENIDO. — LA PREMEDITACION EN EL DELITO DE HOMICIDIO

1.—El artículo 198, numeral 8º del Código de Procedimiento contempla, entre otros, como motivo de nulidad el error relativo a la "época" del ilícito, y no a la "fecha" del mismo, que es cosa distinta. La ley, por lo tanto, le deja al juzgador un amplio margen, un período de tiempo más o menos largo, para determinar cuándo se cometió el delito, en los casos en que no exista evidencia sobre el particular, a fin de evitar que la acción penal se paralice ante la imposibilidad de fijar con toda precisión y exactitud dicha circunstancia temporal del hecho criminoso.

2.—La Corte ha dicho que el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo: pues que tales circunstancias sólo deben consignarse en la parte motiva.

3.—El Juez puede presentar cuestionarios separados solamente cuando existan las hipótesis de los artículos 29 del Código Penal y 502 del de Procedimiento. En el presente caso debió formularse una sola pregunta comprensiva de toda la sustancia del homicidio-asesinato planteado en el enjuiciamiento, por no concurrir las excepciones de que tratan los preceptos mencionados. Pero dicha anomalía apenas tiene un carácter secundario o formal, porque al interrogar al Juri, en pliego aparte, sobre las modalidades del asesinato, se le puso en condiciones de meditar, de manera exclusiva e inequívoca, acerca de ese tema tan grave y trascendental, siendo entonces el veredicto la consecuencia de un análisis detenido y especializado de la cuestión.

4.—En tratándose de la circunstancia calificadora de la premeditación y de otras sujetas al puro campo doctrinario, resulta menos aventurado y expuesto a error interrogar a los jueces populares empleando los propios vocablos de que se vale la ley penal, que recurrir al sistema de la enunciación de simples hechos condicionados al criterio que tenga el funcionario de la causa sobre la respectiva modalidad delictuosa. Esta es una consecuencia necesaria del vicio capital del Jurado: que a veces debe resolver problemas técnicos, a pesar de su impreparación en las disciplinas jurídicas.

5.—Si el interrogatorio se formula al Jurado dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidos para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución o por determinadas atenuantes, si es el defensor. Y una falta de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta.

6.—La Corte acoge nuevamente su primitiva doctrina sentada el 26 de julio de 1944, en donde quedó claramente establecido que se incurre en nulidad si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el factor psíquico del delito, "que en el homicidio es el propósito de matar".

7.—Es claro que en el vocablo "premeditación" quedó plenamente comprendida la noción anímica del delito (propósito de matar), ya que aquélla representa el más alto grado de dolo, su escala máxima, desde el punto de vista de la intensidad del mismo. La premeditación es dolo concentrado y re-

tenido en la mente del agresor, en forma de resolución tenaz y perseverante de cometer el ilícito. El propósito criminoso se forja y se madura a través de un espacio de tiempo más o menos largo, según el temperamento del delincuente. El sujeto que premedita obra, pues, necesariamente con anticipada y firme intención de matar a su enemigo. En síntesis: premeditación y propósito de matar no se excluyen: por el contrario, traducen una unidad psíquica indivisible. En lo más cabe lo menos como es obvio.

8.—"No sería lógico ni conforme con el principio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común". (Véase, entre otras, la sentencia de fecha 4 de julio de 1941, Gaceta números 1973-1974, página 648).

9.—Los efectos del fallo de casación de la Corte no pueden hacer más gravosa la situación del procesado en cuyo favor se infirma la sentencia demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, once de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de fecha nueve de diciembre de 1953, condenó a Domingo Sepúlveda y Andrés Bello a las penas principales de diez años de presidio y de diez y siete años de la misma sanción, respectivamente, como responsables de la muerte de Efraín Benítez y del delito de robo.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el procesado Bello. En su nombre, elaboró una extensa demanda el doctor Jacinto Rodríguez Suárez con base en las causales cuarta, tercera, séptima y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarta causal. — Haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad.

Este es el capítulo más dilatado del libelo, y se sustenta en una serie de motivos de nulidad, que la Corte resume así, en el orden de importancia procesal:

1º Error relativo a la época de las infracciones, porque es un hecho cierto que el homicidio y el robo imputados a Bello tuvieron ocurrencia en la mañana del 25 de enero de 1940; y, sin embargo en la parte resolutiva del auto de proceder y en los cuestionarios, se dice que fueron consumados "en las horas de la mañana de uno de los días comprendidos entre el veinticinco (25) al último del mes de enero del año de mil novecientos cuarenta (1940)". Por lo tanto, concurre el vicio previsto por el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento;

2º Incompetencia de jurisdicción y quebrantamiento del artículo 26 de la Carta, por cuanto la Sala del Tribunal que intervino al confirmar el auto de proceder y la sentencia de primer grado fue irregularmente constituida, ya que se aceptaron, sin ser el caso, los impedimentos de tres Magistrados, aparte de que la actuación del Conjuez elegido también fue ilegal. Que igualmente se admitió el impedimento del Fiscal del Tribunal, sin causa justificada;

3º Nulidad de orden constitucional por vicios esenciales en los cuestionarios, a saber: que se formularon dos preguntas, en vez de una, sobre el delito de homicidio, pues se interrogó, en pliego separado, acerca de las circunstancias constitutivas de asesinato; que a dichas circunstancias se les dió denominación jurídica, en los términos del artículo 363 del Código Penal, creando con ello dificultad a los jueces de conciencia en su labor calificativa de los hechos punibles, especialmente respecto de la premeditación, que es "concepto tan intrincado y discutido de la ciencia penal", y máxime cuando el legislador exige que ella vaya acompañada de motivos innobles o bajos para que pueda tenerse como modificadora de asesinato; que en el cuestionario sobre la materialidad de la muerte de Benítez no se incluyó el "propósito de matar", que es elemento esencial tanto del homicidio simple como del calificado, y que en el interrogatorio atinente al robo dejaron de consignarse los hechos que lo constituyen, pues sólo se preguntó si Bello era responsable "del delito de robo", cuestión enteramente

jurídica, que es extraña a la misión del Jurado; anomalía que se agrava por no haberse determinado en el cuestionario la cuantía del ilícito, a pesar de que el Tribunal la señaló en una suma aproximada de $ 400.00 a $ 450, al confirmar el auto de proceder. Todas estas irregularidades —expresa el demandante— violaron el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943; y

4ª Nulidad de orden constitucional, en virtud de que, ante la denuncia de un delito de falsedad que hizo el procesado Bello en la audiencia pública, debió suspenderse el acto e investigarse ese hecho en el presente negocio, conforme a los artículos 10 y 54 del Código de Procedimiento Penal, ya que aquel ilícito planteó "una grave imputabilidad de un grave delito, influyente en la calificación de la gravedad del principal".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal no admite ninguno de los cargos anteriores. Les hace la crítica común de no haber sido alegados a tiempo para que fuesen corregidos oportunamente, lo que significa que la defensa les dió una implícita aprobación. Después rebate, uno a uno, los cuestionados motivos de nulidad y termina pidiendo que no se case la sentencia impugnada.

Se considera:

Error en la época del homicidio y el robo

De las pruebas analizadas en el auto de proceder, aparece que Efraín Benítez —la víctima— fue visto en compañía del acusado Domingo Sepúlveda en la mañana del 25 de enero de 1940; y que dos días después, o sea el 27, fue hallado el cadáver de Benítez en la quebrada de "Sietecueral", vereda de Guantiva, Municipio de Susacón.

La parte resolutiva de dicha providencia afirma que los hechos delictuosos (homicidio y robo) ocurrieron "en las horas de la mañana de uno de los días comprendidos entre el veinticinco (25) al último del mes de enero del año de mil novecientos cuarenta (1940)". Fs. 295v., cuaderno 1º

El mismo espacio temporal se consignó en los cuestionarios.

Según las constancias procesales, las infracciones contra la vida y el patrimonio, de que fue sujeto pasivo Efraín Benítez, debieron sucederse del 25 al 27 de enero de 1940; y entonces hubo impropiedad en el enjuiciamiento al extender ese lapso hasta el "último de enero" mencionado.

Pero ello, en verdad, no implica un error sustancial que haga dudosos o equívocos tales delitos, por el aspecto del tiempo de su realización. En primer lugar, porque el verdadero lapso de los sucesos (del 25 al 27 de enero de 1940) quedó incluído en el pliego de cargos; y en segundo lugar, porque el artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento contempla, entre otros, como motivo de nulidad el error relativo a la "época" del ilícito, y no a la "fecha" del mismo, que es cosa distinta. La ley, por lo tanto, le deja al juzgador un amplio margen, un período de tiempo más o menos largo, para determinar cuándo se cometió el delito, en los casos en que no exista evidencia sobre el particular, a fin de evitar que la acción penal se paralice ante la imposibilidad de fijar con toda precisión y exactitud dicha circunstancia temporal del hecho criminoso.

"No es lo mismo —ha expresado la Corte— error en la **época** del delito que error en la **fecha** del mismo. El primer vocablo se emplea en su acepción corriente que significa "período de tiempo que se señala por los hechos históricos durante él acaecidos", o, "por extensión, cualquier espacio de tiempo". Y fecha, en su significación corriente, equivale a la palabra latina DATA y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha verificado un suceso". Pero la ley, precisamente para evitar esa posible confusión entre fecha o día en que se realiza determinado suceso, que en muchas ocasiones puede ser de difícil señalamiento, usó la palabra **época**, para determinar el espacio más o menos largo de tiempo en el cual pueden tener ocurrencia ciertos actos de la vida humana; en contraposición a la fecha o tiempo concreto en que se realiza el hecho". (Sentencia de 11 de junio de 1947. Casación de Isabel Hernández).

Además, como lo recuerda el señor Procurador, también ha dicho la Corte que el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; pues que tales circunstancias sólo deben consignarse en la parte motiva. (Fallo de 29 de septiembre de 1947. Casación de Antonio Montealegre. Gaceta Nos. 2055-2056, página 453).

Y en el presente asunto, en la parte motiva del enjuiciamiento, quedó claro que el homicidio y el robo tuvieron su ocurrencia entre el 25 y el 27 de enero de 1940, sobre lo cual no hay equivocación alguna.

Se rechaza, pues, el primer cargo.

Impedimentos de tres Magistrados y del Fiscal del Tribunal Superior.

Cuando el proceso subió a esa entidad en apelación del auto de proceder, los Magistrados doctores Héctor Rodríguez y Carlos Alberto Olano se declararon impedidos, el primero, por haber dictado, siendo Juez Superior, el primitivo enjuiciamiento contra Domingo Sepúlveda; y el segundo, por haber dado concepto sobre el mérito del sumario, en su carácter de Fiscal del Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Los impedimentos fueron aceptados en providencia de fecha 12 de mayo de 1952. Y para integrar la Sala, se sorteó un Conjuez.

Más tarde, hallándose el negocio en apelación de la sentencia, el Magistrado doctor Pablo López Vargas se declaró impedido, en virtud de haber conceptuado varias veces como Fiscal del mismo Juzgado, en el proceso.

La Sala, en auto de 24 de noviembre de 1953, aceptó el impedimento y dispuso que continuara interviniendo como Conjuez el mismo que antes había sido elegido.

A su vez, el señor Fiscal de la corporación se declaró impedido, alegando haber actuado en la primera instancia como Agente del Ministerio Público, especialmente en el acto de la audiencia. Por auto de 12 de agosto de 1953, se le declaró separado del asunto.

Vistas las anteriores actuaciones, la nulidad impetrada no prospera:

1º Porque esos incidentes de impedimento se sustanciaron debidamente durante las instancias del juicio y las respectivas providencias fueron motivadas, y contra ellas ningún reclamo hicieron las partes. Dichos autos son, pues, ley del proceso y resultan hoy extraños al recurso extraordinario de casación, en el cual, el objeto materia de debate ante la Corte es la sentencia de segundo grado del Tribunal Superior frente a los textos que se consideren infringidos;

2º Porque las presuntas irregularidades planteadas en cuanto al reemplazo de los Magistrados, implicarían, de existir, una incompetencia de jurisdicción que, para el caso concreto, no es admisible, conforme al mandato terminante de los artículos 7º y 449, numeral 5º, del Código Judicial y 252 del Código de Régimen Político y Municipal. Normas estas de indiscutible interés público, ya que tienden a garantizar la seguridad de las actuaciones de los Jueces, aunque éstos no reúnan determinadas condiciones de capacidad, para mantener la economía procesal e impedir que los juicios se hagan interminables; y

3º Porque el reemplazo del Fiscal, caso de ser contrario a la ley, ha debido alegarlo el Ministerio Público, y no el defensor, quien carece, por lo tanto, de personería en el presente evento para alegar la cuestionada nulidad.

En consecuencia, la segunda acusación tampoco prospera.

Defectuosa elaboración de los cuestionarios.

a).—Haber presentado dos preguntas al Jurado, en vez de una sola, sobre el delito de homicidio.

delito de robo.

Realmente, a los jueces de conciencia se les sometieron dos cuestionarios en lo concerniente a la muerte de Efraín Benítez: el uno relativo a los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito; y el otro sobre las circunstancias de asesinato. Este último está concebido así:

"¿El acusado Andrés Bello Goyeneche, de las anotaciones personales y civiles ya relacionadas, al ejecutar el hecho anterior obró con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con previa asechanza, aprovechando la indefensión de la víctima?".

Dentro del sistema consagrado por la Ley 4ª de 1943, al Jurado se le somete un cuestionario único que comprenda los elementos materiales del delito objeto del debate, los atinentes a la responsabilidad del procesado y las circunstancias modificadoras que influyan en la adaptación de la medida represiva. Y sólo cuando existan las hipótesis de los artículos 29 del Código Penal y 502 del de Procedimiento, el Juez puede presentar cuestionarios separados.

En tal virtud, en el presente caso debió formularse una sola pregunta comprensiva de toda la sustancia del homicidio-asesinato planteado en el enjuiciamiento, por no concurrir las excepciones de que tratan los preceptos antes mencionados.

Pero dicha anomalía apenas tiene un carácter secundario o formal, porque al interrogar al Juez, en pliego aparte, sobre las modalidades del asesinato, se le puso en condiciones de meditar, de manera exclusiva e inequívoca, acerca de ese tema tan grave y trascendental, siendo entonces el veredicto la consecuencia de un análisis detenido y especializado de la cuestión. Con ello, se

tuteló el espíritu del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. No se ve, pues, en qué se menoscabaron los derechos del procesado, ni las garantías del juzgamiento cuando en los dos cuestionarios se incluyó, precisamente, todo lo que debía calificar el Jurado.

La nulidad invocada carece de razón.

b).—Haberles dado denominación jurídica a las circunstancias de asesinato y especialmente al delito de robo.

En el auto de proceder, se les imputaron a los acusados Domingo Sepúlveda y Andrés Bello los delitos de homicidio-asesinato y robo, porque, según la prueba inicial recogida contra ellos, atacaron sorpresivamente y en lugar solitario a Efraín Benítez y le dieron muerte para apoderarse, como en efecto se apoderaron, de una suma de dinero que traía consigo como producto de la venta de un ganado perteneciente a Dionisio Díaz.

Respecto de las modalidades específicas del homicidio, el segundo cuestionario consignó la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos", la "previa asechanza" y el aprovechamiento de "la indefensión de la víctima".

Y el interrogatorio concerniente al robo dice para cada uno de los procesados:

"¿El acusado N. N., de las anotaciones personales y civiles ya relacionadas, es responsable del delito de robo de una cantidad indeterminada de dinero que portaba el occiso Benítez o Gómez, como producto de la venta de unos ganados, pertenecientes a Dionisio Díaz, delito consumado en las mismas circunstancias de tiempo y lugar relacionadas en los numerales anteriores."

Ambas preguntas fueron contestadas afirmativamente, pero atenuando la responsabilidad de Sepúlveda, en el sentido de calificarlo "como cómplice no necesario".

El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 fija la pauta para redactar el cuestionario, dando la siguiente fórmula

"...El acusado N. N., es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan sin darles denominación jurídica)".

Teniendo en cuenta el legislador que los jurados son generalmente legos en materias jurídicas, dispuso que las preguntas deben hacérseles consignando los hechos constitutivos del delito y de la responsabilidad, lo mismo que las circunstancias modificadoras de la sanción, a fin de que puedan calificarlos sin dificultad, dentro de su criterio profano y sin atender voz distinta a la de su "personal conciencia". Es, por consiguiente, indispensable que todos esos hechos materia del debate los comprenda el cuestionario en forma clara, precisa y completa para que no vayan a producir en la mente del Jurado confusión ni duda alguna sobre lo que se le pregunta y sobre lo que debe responder. Su veredicto ha de ser nítido, en el sentido de que traduzca una convicción plena acerca de algo determinado e inequívoco.

Por eso, la ley prohíbe el darles denominación jurídica a las circunstancias puntualizadas en el cuestionario. Pero es de observar que este principio no lo mantuvo íntegro la misma ley, cuando obliga interrogar al Jurado sobre la "responsabilidad" del agente, y en algunos casos, sobre "estado de enajenación mental", "intoxicación crónica", o "grave anomalía psíquica" (art. 28, Ley 4ª de 1943), cuestiones éstas de tan alto contenido científico en el Derecho y en la Psiquiatría.

Aun el Código de Procedimiento Penal, que quiso ser tan estricto y exigente en la redacción de los cuestionarios para que quedaran completamente deslindados los temas de hecho y los temas de derecho, en orden a someter al Jurado únicamente los primeros, no logró conseguirlo; pues en la norma tercera del artículo 498 sobre el modo de preguntar al Jurí acerca de las circunstancias modificadoras del delito, puso el siguiente ejemplo atinente al homicidio: "¿El acusado N. N., ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha interrogado con premeditación acompañada de motivos innobles?" Con ello se ponía, sin quererlo, a los jueces de conciencia en el trance de calificar una figura netamente jurídica y de las más arduas del Derecho Penal.

Posiblemente los autores del Código no hallaron otra fórmula adecuada, en vista de que la premeditación no fue definida por el legislador colombiano, y en esa forma se desconoce, de **jure condito**, cuáles son los hechos concretos que la constituyen y que deben ser materia de la decisión del Jurado, en su caso. Por ese, en tratándose de dicha circunstancia cualificadora y de otras sujetas al puro campo doctrinario, resulta menos aventurado y expuesto a error interrogar a los jueces populares empleando los propios vocablos de que se vale la ley penal, que recurrir

al sistema de la enunciación de simples hechos condicionados al criterio que tenga el funcionario de la causa sobre la respectiva modalidad delictuosa. Esto es una consecuencia necesaria del vicio capital del Jurado: que a veces debe resolver problemas técnicos, a pesar de su impreparación en las disciplinas jurídicas.

Síguese de lo expuesto que, al consignar en el segundo cuestionario lo relativo a la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos", que son los términos usados por el artículo 363, numeral 2º, del estatuto represivo, no hubo deficiencia por parte del Juez, ni error esencial en la pregunta.

Además, en el interrogatorio se incluyeron otras circunstancias de asesinato, tales como la asechanza y el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, expresiones que son fáciles de entender en el común de las gentes y que les permite pronunciarse sobre ellas, verdad sabida y buena fe guardada. Y al afirmar el Jurado que ambas concurrieron en el homicidio, éste quedó calificado de asesinato, aun prescindiendo de la premeditación.

El mismo demandante conviene en que "la asechanza con aprovechamiento de indefensión..., siendo de uso y entendimiento tan corriente, dejan de ser estrictamente jurídicos".

Así las cosas, el cargo relacionado con las circunstancias de asesinato, por habérseles dado denominación jurídica no tiene fundamento.

En cambio, en lo que atañe al cuestionario por el delito de robo, sí hubo manifiesta violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, como lo sostiene el actor.

Efectivamente, en dicho documento se le preguntó al Jurado si Andrés Bello Goyeneche era responsable "del delito de robo de una cantidad indeterminada de dinero que portaba el occiso Benítez o Gómez". Vale decir que allí se le planteó al Tribunal popular una cuestión esencialmente jurídica que no era permitido hacerla, porque se trataba nada menos que de los elementos constitutivos de la infracción, los cuales siempre están definidos por la norma penal sustantiva, en cuyo precepto se describen los hechos o actos del hombre (positivos o negativos) que traducen la conducta delictiva. Y son esos hechos conocidos —materiales y subjetivos— los que el Juez debe consignar en el cuestionario para que el Jurado, en su caso, se pronuncie sobre ellos.

Así, en el tema de estudio, el artículo 402 del Código Penal, aplicable a Bello por razón de la época del ilícito (del 25 al 27 de enero de 1940) y por ser más favorable al acusado, señala los siguientes presupuestos físicos y psíquicos que estructuran la figura genérica del robo:

Apoderamiento de una cosa mueble ajena; empleo de violencia contra las personas o las cosas para tomar dicho bien; falta de consentimiento del dueño; y ánimo de lucro o propósito de aprovecharse del objeto.

Y nada de esto contiene el cuestionario. Por otra parte se dejó de incluir también la cuantía del ilícito, no obstante que el Tribunal Superior la circunscribió a una suma aproximada de $ 400.00 a $ 450.00 en el auto de proceder de segunda instancia. Lo relativo al monto del delito contra el patrimonio, cuando se halla demostrado, tiene su importancia, ya que juega, en algunos eventos, como modalidad específica de la responsabilidad y sirve igualmente para adaptar la sanción dentro del criterio de gravedad del hecho punible que consagran los artículos 36 y 401 del Código Penal.

El cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento. Mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base primordial de la sentencia. Pero si el interrogatorio se formula dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidas para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución o por determinandos atenuantes, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta.

Y como ese vicio se presenta en el cuestionario relativo al robo, por no haber interrogado sobre los hechos concretos que lo configuran, concluyese que la causal cuarta de casación resulta justificada en esta parte.

Omisión del propósito de matar

El primer cuestionario preguntó si Andrés Be-

llo Goyeneche era "responsable de haber dado muerte a Efraín Benítez", pero no incluyó el propósito de matar.

Luégo, en la segunda cuestión, se interrogó al Jurado si el mismo sujeto, "al ejecutar el hecho anterior, obró con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con previa asechanza, aprovechando la indefensión de la víctima".

El veredicto fue: "Sí".

Expresa el competente y sesudo colaborador de la Sala que la nulidad alegada debe desecharse, porque ya la Corte, en sentencia de fecha 23 de enero de 1947, dijo que en el sistema de formulación de cuestionario consagrado por la Ley 4ª de 1943, al proponerle a los jueces de conciencia el problema de la responsabilidad del acusado, van contenidos allí los elementos del delito, tanto físicos como psíquicos o morales; y entonces sobre la pregunta sobre el propósito o intención de matar.

Mas a esto hay que observar que la tesis en cita fue abandonada por la Corte en fallos posteriores, para acoger nuevamente su primitiva doctrina sentada el 26 de julio de 1944, en la casación de Agustín Barrera Niño; y en donde quedó claramente establecido que se incurre en nulidad si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el factor psíquico del delito, "que en el homicidio es el propósito de matar".

Esos nuevos fallos son: el de 20 de febrero de 1951 (Gaceta números 2096-2097, página 186); el de 6 de octubre de 1953 (Gaceta Nº 2135, página 660); el de 23 de julio de 1954 (Gaceta Nº 2144, página 181); y el de 8 de febrero de 1955, aún no publicado en la Gaceta.

Sin embargo, en el caso **sub judice**, no tiene aplicación la jurisprudencia amparada, porque, si bien es verdad que el Tribunal popular dejó de interrogársele expresamente sobre el propósito de matar, en cambio, en cuestionario separado, se le preguntó en forma concreta sobre el elemento moral o subjetivo del homicidio, al plantearle la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, modalidad ésta que afirmó el Jurado, juntamente con la asechanza y el aprovechamiento de la indefensión de la víctima.

Es claro que en el vocablo "premeditación" quedó plenamente comprendida la acción anímica del delito (propósito de matar), ya que aquélla representa el más alto grado de dolo, su escala máxima, desde el punto de vista de la intensidad del mismo. La premeditación es dolo concentrado y retenido en la mente del agresor, en forma de resolución tenaz y perseverante de cometer el ilícito. El propósito criminoso se forja y se madura a través de un espacio de tiempo más o menos largo, según el temperamento del delincuente. El sujeto que premedita obra, pues, necesariamente con anticipada y firme intención de matar a su enemigo. En síntesis: premeditación y propósito de matar no se excluyen: por el contrario, traducen una unidad psíquica indivisible. En lo más cabe lo menos, como es obvio.

Por eso, la acusación que se examina resulta inoperante.

No haber suspendido el juicio en virtud de la denuncia hecha por el procesado Bello durante la audiencia pública.

Ocurrió que en el curso de la investigación, el Director de la Cárcel de Soatá interceptó una carta dirigida al sindicado Domingo Sepúlveda con la firma de Andrés Bello, documento muy comprometedor para éste. Hecho el examen grafológico de la carta en Bogotá, los peritos dictaminaron que fue escrita por Bello.

Con ese antecedente y la delación que le hizo Sepúlveda en la primera audiencia, además de otras pruebas, Bello fue llamado a responder en juicio como cautor del homicidio y el robo. Reunido un nuevo Jurado, se le interrogó a Bello sobre la cuestionada misiva, así:

"¿Qué dice Ud. de la carta que le achacan escribió a Sepúlveda a la cárcel? Yo no escribí esa carta, es falso; esa dicen que la escribió el mono Calderón".

Y porque el Juez de la causa no ordenó investigar esas afirmaciones del procesado, y suspender el juicio hasta que se esclareciera la paternidad de la carta, es por lo que el demandante piensa que existe nulidad de orden constitucional en el presente negocio.

Para rechazar tan extraño cargo del libelo, es suficiente transcribir la réplica que le hace el señor Procurador, diciendo:

"Es evidente que la anterior afirmación, que no fue hecha por el procesado Bello Goyeneche durante todo el largo curso del proceso y de la investigación, fue exteriorizada por él como re-

curso de última hora durante el desarrollo de la audiencia...

"El señor defensor de dicho procesado no dió mucho crédito a la novedosa argucia de su defendido, puesto que no solicitó la investigación del cargo que éste hacía...

"Aparece, pues, que este recurso sagaz del procesado sólo tuvo por finalidad desconcertar al Jurado; y, en este caso, no puede afirmarse que le fueron negados los derechos constitucionales para su legal y ordenada defensa...".

Como resumen de todo el estudio sobre la causal cuarta, se tiene que ella prospera sólo en cuanto a la nulidad del cuestionario por el delito de robo, derivada de su defectuosa elaboración. Los cuestionarios por el homicidio están limpios de invalidez y deben, por lo mismo, permanecer en pie con su respectivo veredicto.

Pero en vista de que el interrogatorio concerniente al otro acusado Domingo Sepúlveda, y también por el delito de robo, se redactó con iguales errores que el del procesado Bello, es preciso extender la nulidad a dicho cuestionario, aunque Sepúlveda no fuese recurrente. Tal es la doctrina de la Corte, concebida en estos términos:

"No sería lógico ni conforme con el principio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo, repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en curso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común". (Véase, entre otras, la sentencia de fecha 4 de julio de 1941. Gaceta números 1973-1974, página 648).

Al respecto, es preciso advertir que siendo la casación un recurso extraordinario, en ella no rige el principio de la **reformatio in pejus** cuando el Ministerio Público no ha sido parte recurrente. En consecuencia, los efectos del fallo de la Corte no pueden hacer más gravosa la situación del procesado en cuyo favor se infirma la sentencia demandada. Por eso, el nuevo Jurado que va a decidir la causa de Sepúlveda, en caso de veredicto afirmativo de su responsabilidad por el robo, no podrá desmejorar la calificación que hizo el primer tribunal de hecho, al situarlo en la categoría de "cómplice no necesario" de dicho delito.

El desarrollo del veredicto afirmativo dado contra Sepúlveda y Bello por homicidio, debe quedar en suspenso hasta que se decida nuevamente su culpabilidad por el robo, a fin de que el proceso se clausure con una sola sentencia, en los términos de los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento Penal.

Debiéndose invalidar el fallo con base en la causal cuarta, carece de objeto examinar las restantes que han sido invocadas. (Arts. 536 C. J., y 7º C. de P. P.).

Por último, la nulidad que va a decretarse debe arrancar del auto que señaló día para el sorteo general de jurados, ya que los que intervinieron aquí están impedidos para volver a actuar. (Art. 493 C. de P. P.).

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, FALLA:

Primero.—CASESE la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y **declárase nulo** lo actuado a partir del auto de fecha 18 de octubre de 1952 (fs. 319, cuaderno 1º) que ordenó el sorteo general de jurados para que se reponga el procedimiento, pero únicamente en lo que atañe a los cuestionarios por el delito de robo; y

Segundo.—En cuanto a la situación jurídica de los procesados Andrés Bello Goyeneche y Domingo Sepúlveda por el homicidio en Efraín Benítez o Gómez, debe quedar en suspenso hasta que llegue el momento de dictar un fallo contra ellos por dicha infracción y por el delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M. —Luis Zafra. —José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PREVARICATO Y DE NEGACION DE JUSTICIA

1.—El dolo específico es indispensable en el prevaricato, que para contrariar la Ley requiere que se haga con conocimiento y por motivos de antipatía o de simpatía. Y el dolo genérico que entra en su violación, bien sea al ejecutar un acto arbitrario e injusto, o al omitir, retardar o rehusar una diligencia o una decisión a que legalmente esté obligado el funcionario, desaparece al evidenciarse que cualquiera de esos hechos se debió no a malicia o capricho sino a error en la interpretación de un texto legal. De modo que no basta indicar el yerro para deducir el delito, puesto que aquél podría traducir nada más que deficiencia o impreparación del funcionario que incurrió en él.

2.—Lo que caracteriza a la denegación de justicia, es el pretexto de ser oscura la ley para eximirse de aplicarla. Allí radica, pues, el dolo. Luego es claro que debe demostrarse en cada caso la concurrencia de ese factor para que exista el delito, pues si el punto jurídico es en realidad discutible y la ley no aparece suficientemente clara al respecto, la actuación del funcionario no es entonces un pretexto sino un justificado motivo para abstenerse de aplicarla, y así el hecho no resulta sancionable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, trece de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Por haber sido ordenada la consulta de la providencia de 25 de octubre de 1954 del Tribunal Superior de Barranquilla y, además, por haber recurrido de la misma el representante de la parte civil, le corresponde a esta Sala de la Corte estudiar sus fundamentos y el proceso respectivo, y a ello procede, una vez cumplidos los trámites propios de la segunda instancia.

Se declara en ella que los delitos (denegación de justicia y prevaricato) atribuídos al doctor Castor A. Cepeda Molina, en su carácter de Juez Civil en el Circuito de Sabanalarga, no existieron y, en consecuencia, se ordena cesar el procedimiento contra él adelantado.

Con tal declaración se halla conforme el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien resume así el origen de los cargos formulados al Juez sindicado:

"El Dr. Castor A. Cepeda Molina, obrando como Juez Unico Civil del Circuito de Sabanalarga, carácter oficial que se halla debidamente establecido con las copias del Acuerdo de nombramiento (f. 11), del acta de posesión (f. 23) y del ejercicio de las funciones como tal Juez, que se deduce de su misma actuación aquí investigada, profirió sentencia aprobatoria de la partición respectiva en el juicio divisorio promovido por Raimundo Navarro contra Manuel Navarro.

"El doctor Humberto Navarro Castillo, como apoderado de Manuel Navarro en el mencionado juicio divisorio, interpuso el recurso de reposición o, en subsidio, el de apelación, contra aquella providencia.

"El Juez, por auto del 8 de junio de 1953, (f. 29), denegó los recursos interpuestos: el de reposición, por no ser procedente contra las sentencias; y el de apelación, por considerar que habiendo sido propuesto en subsidio el de reposición, también era improcedente, "por aquel principio de derecho que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal."

"Contra el auto que tal cosa dispuso, reclamó el doctor Navarro Castillo, alegando que él había pedido reposición de la providencia que aprobó la participación, por considerar que dicha resolución era un auto interlocutorio y no una sentencia. Pide reposición del auto que negó la reposición de la sentencia y, en caso de serle denegada esta petición, copias de varias piezas del expediente para recurrir de hecho.

"El Juez rechaza por improcedente el nuevo recurso de reposición en auto del 22 de junio de 1953 y ordena compulsar las copias pedidas. En la parte motiva de esta providencia sostiene la legalidad de haber considerado como sentencia la resolución por medio de la cual se aprueba la

partición y la de haber rechazado el recurso de reposición interpuesto contra tal determinación".

A continuación transcribe en su Vista los autos dictados por el funcionario y las razones allí expuestas, y concluye reconociendo la buena fe con que procedió el doctor Cepeda, aunque advierte que se equivocó al negar el recurso de la apelación. Porque si éste se anunció como subsidiario, al no ser reconsiderada la sentencia a la cual se refería, por prohibirlo el art. 482 del Código Judicial, debió conceder el que se había interpuesto como subordinado al preferencial de reconsideración.

El Juez, en concepto del Ministerio Público, entendió que había sinonimia entre los términos "subsidiario" y "accesorio" y de allí el que hubiera creído que al ser improcedente el primer recurso (reposición) la misma suerte debía correr el segundo (apelación), por aquella regla de derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

Pero como no se reveló en la actitud del doctor Cepeda ningún propósito doloso, el desacierto anotado no entraña la comisión de un delito. Y por eso, fundado en doctrinas de la Sala, en las cuales se fijan los requisitos de los abusos de autoridad, del prevaricato y de otras formas de infringir la ley por parte de los funcionarios públicos, solicita que se confirme la providencia consultada y apelada, observando sí que la "denegación de justicia" no figura en el Código Penal con esa "denominación jurídica".

Se considera:

En el caso que se estudia, tanto la "denegación de justicia" como el prevaricato los deduce el denunciante de una sola actuación procesal, o sea, el no haber admitido el doctor Castor A. Cepeda los recursos interpuestos contra la sentencia de partición en un determinado juicio que se ventilaba en el juzgado a su cargo.

Debía establecerse entonces que el funcionario obró con dolo específico o con dolo genérico. El primero es indispensable en el prevaricato, que para contrariar la ley requiere que se haga con conocimiento y por motivos de antipatía o simpatía. Y el dolo genérico que entra en su violación, bien sea al ejecutar un acto arbitrario e injusto, o al omitir, retardar o rehusar una diligencia o una decisión a que legalmente esté obligado el funcionario, desaparece al evidenciarse que cualquiera de esos hechos se debió no a malicia o capricho sino a error en la interpretación de un texto legal. De modo que no basta indicar el yerro para deducir el delito, puesto que aquél podía traducir nada más que deficiencia o impreparación del funcionario que incurrió en él.

En suma, no se descubre en la actuación del Juez Dr. Cepeda factor distinto de un mal entendimiento de las disposiciones aplicables a la materia que debía resolver, y de ahí que deba confirmarse la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en la que se analiza con innegable acierto el proceder del Juez y se resuelve que no fue delictuoso.

En cuanto a lo observado en la parte final del concepto del señor Procurador, hay que decir que la denegación de justicia equivale al delito contemplado en el art. 172 del Código Penal, y así lo advierte el Tribunal de Barranquilla en la parte considerativa de la providencia.

Leyes anteriores, como la 153 de 1887, (art. 48) y 100 de 1892 (art. 261) definieron como denegación de justicia aquello que la 95 de 1936 en el artículo ya citado (172) se tiene como una de las formas del abuso de autoridad.

La primera de esas disposiciones dice:

"Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

El texto de la segunda es el siguiente:

"El Magistrado o el Juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, es reo de denegación de justicia.....'

Como ha podido observarse, lo que caracteriza esta infracción, que el Código Penal vigente no comprendió en su articulado, es el pretexto de ser oscura la ley para eximirse de aplicarla. Allí radica, pues, el dolo. Luego es claro que debe demostrarse en cada caso la concurrencia de ese factor para que exista el delito, pues si el punto jurídico es en realidad discutible y la ley no aparece suficientemente clara al respecto, la actuación del funcionario no es entonces un pretexto sino un justificado motivo para abstenerse de aplicarla, y así el hecho no resulta sancionable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, **confirma** la providencia de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

EXTORSION Y CHANTAJE.— PRUEBA TESTIMONIAL

1.—Para que se configure jurídicamente el delito de extorsión no es necesario que la amenaza de imputación contra el honor o de revelación de secretos sea directa o expresa, ni que sea también expresa o directa la exigencia a otro de entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente del delito cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, sino que es suficiente la obtención para sí o para un tercero de la cosa, dinero o documento a trueque de no hacer la imputación o la revelación temidas por la víctima, así sea ésta quien ofrece la dádiva para asegurarle al ofensor el precio de su silencio.

2.—El error en la calificación de una prueba no implica error en la apreciación de los hechos cuando la relación de causalidad entre las constancias procesales y la convicción del Juez no se ha roto por defecto en la lógica del razonamiento.

3.—El parentesco no hace INCAPAZ al declarante sino SOSPECHOSO: "Toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero al Juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio...", reza el artículo 224 del Es. Estatuto Procesal vigente; y, como lo ha dicho la Corte, "Sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el juez... puede fundar una condena sin que por ese hecho se incurra en nulidad procedimental" (LXIII, 178) y "El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o rechazarse (LXIV, 351).

Anotaciones semejantes caben acerca del testimonio de referencia, que al no versar sobre la percepción inmediata del hecho investigado sino sobre su historia, bien puede contribuir a robustecer la persuación judicial, en especial cuando coincide con la versión del confesante, no contradicha sustancialmente en el proceso.

4.—Es posible que existieran las relaciones incestuosas de que se acusó al denunciante, y que éste las callara por vergüenza de manifestarlas o por sustraerse a la acción de la justicia: pero ciertas o no ciertas, su afirmación en boca de Urrea perjudicaba el honor de la familia...., lo que basta ha a intimidar a don Pablo, como habrían sido suficientes al mismo fin, por sí solas, las imputaciones que aquél hiciera con referencia a.... Ello sin consideración a la calidad de legítimo o ilegítimo que el interés vinculado al temor de N., revistiera, porque estos delitos contra la propiedad no podrían estructurarse —si tal distinción se aceptara— sino respecto de imputaciones mentirosas o de revelación de secretos imaginarios —únicas hipótesis que admitirían la inocencia del sujeto pasivo y por consiguiente su interés legítimo y es sabido, como lo recuerda la Procuraduría, con cita de Molinario, que "Tampoco interesa que las imputaciones contra el honor o los secretos que se amenaza con revelar sean verdaderos o falsos". Ni se diga que el derecho penal protege la ilicitud cuando el temor se refiere a intereses ilegítimos, pues la represión de la EXTORSION y del CHANTAJE no excluye las responsabilidades en que, a su vez, hubiere incurrido el ofendido por los actos que dieron lugar a la infracción de que fue víctima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, junio catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Luis Eduardo Urrea Duque ha recurrido en casación contra el fallo de 16 de diciembre de 1953, por el cual el Tribunal Superior de Pereira le impuso la pena principal de treinta y seis meses de prisión por el delito denominado "De la ex-

torsión y del chantaje", al reformar —en grado de apelación— el de 9 de octubre del mismo año en que el Juzgado Penal del Circuito de Armenia lo condenó a veintinueve meses de la misma pena.

Interpuesto el recurso por el defensor del procesado, doctor Gonzalo Toro Patiño, y formulada la demanda por el doctor Hernando Naranjo Marín, apoderado al efecto, la Sala procede a decidir sobre su mérito, previa la respectiva tramitación legal, mediante las consideraciones siguientes.

El hecho investigado

Ante el despacho de la Inspección Tercera de Policía de Armenia Pablo E. Narváez denunció, el 27 de junio de 1958, a Luis Eduardo Urrea Duque, porque habiendo tenido éste relaciones amorosas con su nieta Rosalba y habiéndose negado ella a continuarlas, el sindicado le exigió, con la amenaza "de que mataría a Rosalba si no le atendía", la suma de quinientos pesos "para no volver él a molestar la muchacha, ni a ninguno de la familia", valor que el denunciante le giró a Urrea Duque en cheque contra el Banco de Bogotá, después de lo cual —a solicitud del mismo sujeto, que insistió en sus amenazas— hubo de firmar dos cheques más a su favor y a cargo del Banco de Colombia por mil y dos mil pesos, respectivamente, el último de los cuales, visible al folio 3 del expediente, se le decomisó al girado cuando trataba de cobrarlo, al efectuarse su captura por el agente Antonio Chapeta González.

Urrea Duque reconoció en su instructiva el hecho, pero afirmó que los dineros en mención no le fueron entregados por requerimiento y amenazas de su parte, sino debido a ofrecimiento que el girador le hizo "para que callara y no hiciera escándalo" cuando el procesado se dijo sabedor ante Narváez del incesto cometido por éste en la persona de su nieta, circunstancia que Urrea Duque declara haber, a su turno, conocido por informaciones de la propia Rosalba.

La demanda

Alega el demandante las causales **segunda** y **primera** —ésta como consecuencia de aquélla— a que se refiere el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y acusa la sentencia por cuanto "las pruebas fueron valoradas con un valor que no tienen en perjuicio del procesado, pues no hay demostración alguna de las violencias de Urrea, ni de las amenazas, ni hay prueba que contradiga el que los valores recibidos por él no le fueron solicitados a Narváez sino ofrecidos por éste bajo una condición de silencio sobre un hecho ilícito" (31 Cuaderno 4), de donde infiere que "no era aplicable al caso de Urrea la sanción contemplada en el artículo 406, en grado alguno, pues la interpretación que se hizo de la prueba fue errónea y en consecuencia la aplicación de tal disposición fue indebida" (33 ibidem).

Concepto del Ministerio Público

Solicita el señor Procurador Segundo Delegado se rechacen las causales invocadas y, en consecuencia, no se case el fallo recurrido.

En la vista del Colaborador de la Sala se rectifica el error en que incurre el doctor Naranjo Marín al estimar "que el procesado ha sido condenado por el delito de extorsión (art. 406 del C. P.) siendo así que esta figura delictuosa fue desechada (precisamente por no considerarse comprobada la violencia material, real o física) y aceptada únicamente la del chantaje configurada en lo expresado por el artículo 407 del Código Penal, como expresamente lo dicen las sentencias respectivas —y la consultada especialmente— al folio 79"; se hace una muy oportuna distinción entre lo que es la amenaza **explícita** (empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito) y lo que es la amenaza **implícita** (forma de obrar que va oculta o latente en la actividad del actor, aunque lo suficientemente transparente, velada, insinuada o sugerida, que cumple su efecto con toda cabalidad, con más facilidad y menos riesgo para el agente activo); se aduce la opinión del penalista Alfredo J. Molinario sobre esta forma de delincuencia, y se concluye que la prueba allegada al plenario era "suficiente para que el H. Tribunal de Pereira admitiera (como el Juez de primera instancia) la responsabilidad del acusado".

Crítica de los cargos

A uno solo se reducen, en último análisis, los cargos en que se fundamentan ambas causales:

haberse atribuido a los hechos un valor probatorio que no tienen.

Se incurrió así en la causal segunda, y por la

misma razón en la primera (indebida aplicación de la ley) "pues se tomaron como constitutivos del delito de extorsión y chantaje hechos que no tienen esa naturaleza".

Pieza fundamental en el proceso es la confesión de Urrea Duque, y sobre ella se expresa de esta manera el defensor del recurrente: "En las preitadas sentencias se dividió la confesión de mi poderdante, con lo cual los juzgadores adoptaron una postura ajena a la técnica procedimental y desconocieron las pruebas procedentes de los testigos menos afectos a los hechos investigados" (14 Cuaderno 4).

En orden a examinar el cargo, se transcriben los siguientes apartes de la declaración-instructivo:

"...**Preguntado:** Como ha manifestado saber el motivo por el cual se le está recibiendo esta declaración sin juramento, quiere explicarlo detalladamente? **Contesto:** —Pues el motivo es muy sencillo: el señor don Pablo Narváez, me ha girado varios cheques a favor mío; el primero por quinientos pesos; el segundo por mil pesos y el tercero por dos mil pesos; de fechas siete de abril de este año diociocho de abril de este mismo año y 17 de junio del mismo año que corre respectivamente a favor del Banco de Bogotá, el primero, y los dos últimos Banco Colombia; de estos tres cheques cobré el de quinientos pesos y el de mil pesos: la razón por la cual he (sic) ha girado el Sr. Narváez los cheques, es muy sencilla: entre esa familia Narváez, hay una muchacha que fue novia mía; llama Rosalba Narváez: tuvimos relaciones por hay tres meses..." (10 v. Cuaderno 1º).

Refiere luégo algunas familiaridades por él observadas en el trato que don Pablo y Rosalba se daban en su presencia y en la de sus amigos, y continúa:

"...Yo sospeché algo de don Pablo sobre Rosalba, que como que tenían algo entre los dos muy íntimo. Un día, diez de enero de este año, concreté a Rosalba en conversación amorosa y me explicó los motivos y lo que le sucedía, por parte del abuelito don Pablo. Eran las ocho de la noche, conversando en la casa de su tío doctor Jaime Narváez, que su abuelito la había perdido, es decir la había perdido en su virginidad. Yo le dije que en dónde había ocurrido el hecho y me dijo que en la casa del mismo abuelito y que la había obligado a hacerlo. Yo le dije que por qué lo había hecho y me explicó los motivos. Le dije que si por crianza o porque le quería o por necesidad y me contestó que había sido por necesidad, y yo para convencerme hice uso de ella personalmente en un establecimiento granero y cantina que existía al frente de la galería de esta ciudad, en donde había como especie de un reservado... Entonces cuando hice uso carnal de Rosalba en el granero, la primera vez, me dí cuenta que estaba perdida..." (10 Cuaderno 1º).

Declara después haber hecho uso carnal de la muchacha por segunda y tercera vez en la casa denominada "Los Pajaritos", en los días 10 de febrero y 10 de abril de 1963, respectivamente, y añade:

"...Y debido a eso, a estas relaciones ya íntimas con Rosalba, a los hechos carnales, a la referencia que me hizo Rosalba de don Pablo, que era el que la había perdido, lo llamé, a don Pablo y debido a eso me giró varios cheques. Le mencioné yo a don Pablo, como amigo y como abuelito de ella, de Rosalba, que por qué había hecho eso y entonces para que callara y no hiciera escándalo yo, me giró el primer cheque, es decir se me ofreció, me dijo cuánto quiere: yo le dije dème lo que usted más o menos estime conveniente; me dijo: —Le doy quinientos pesos, y no diga nada. Yo acepté y ahí mismo me dio un cheque por quinientos pesos para el Banco de Bogotá de fecha siete de abril. Esto ocurrió al frente, o mejor dicho en el café "Popular". Nadie fue testigo de esto, de lo del cheque. Después viendo el comentario que hacía yo, por la calle doce, o por la vecindad de la casa de don Pablo, borracho yo comentaba sobre la actuación de don Pablo conmigo, que me había dado un cheque porque yo no lo escandalizara, me llamó por segunda vez y me giró dos cheques, el uno, para el día dieciocho de abril y el otro con fecha diecisiete de junio, o sea antier miércoles, cheques por la suma de mil y dos mil pesos respectivamente. Estos cheques me los giró en el parque Sucre de esta ciudad sin testigos. Yo me encontraba en el Café Popular, allí entró don Pablo, me dijo que no hiciera tanto escándalo, que arregláramos por las buenas, que no lo perjudicara y que no le fuera a decir a la señora esposa de él porque lo perjudicaba, y me dijo que me iba a dar tres mil pesos y entonces convinimos en encontrarnos en el parque Sucre y que él don Pablo iría por la chequera. Yo lo esperé en el parque Sucre: mejor dicho lo esperé a diez pasos, en la esquina de la casa, cerca a la tienda de un muchacho Aristóbulo, cuyo apellido no recuerdo y quien me vió

cuando salí con don Pablo para el parque Sucre y por cierto me dijo: "Yo sé para dónde vas, te van a girar más cheques. Yo le contesté sí, pues él, Aristóbulo ya sabía el asunto, claro yo borracho hacía los comentarios..." (10 y 11 v. Cuaderno 1º).

Relata a continuación el incidente de captura y decomiso del cheque girado para el diecisiete de junio, por la suma de dos mil pesos contra el Banco de Colombia (Sucursal Armenia), y al ser preguntado por el individuo que le dijera a Narváez "que mataría a Rosalba... o que si quería le diera dinero para no volver a molestar a esa muchacha... ni a ninguno de la familia y que le diera quinientos pesos, los cuales recibió... en un cheque contra el Banco de Bogotá..., **contestó**:

"Yo en esa forma no le he dicho que lo mataría; que no le hacía escándalo si le dije" (11 Cuad. 1).

Cree la Corte que la **modificación** introducida por el confesante no es real sino aparente. Porque para que la infracción investigada contra Urrea se configure jurídicamente no es necesario que la amenaza de imputación contra el honor o de revelación de secretos sea directa o expresa, ni que sea también expresa o directa la exigencia a otro de entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente del delito cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, sino que es suficiente la obtención para sí o para un tercero de la cosa, dinero o documentos a trueque de no hacer la imputación o la revelación temidas por la víctima, así sea ésta quien ofrece la dádiva para asegurarle al defensor el precio de su silencio.

Urrea, después de referir la manera como dice haber llegado al conocimiento de las relaciones de don Pablo con su nieta, declara: **"Y debido a** eso, a estas relaciones ya íntimas con Rosalba, a los hechos carnales, a la referencia que me hizo Rosalba de don Pablo, que era el que la había perdido, **lo llamé a don Pablo y debido a eso me giró varios cheques:** No fue, pues, Narváez quien llamó primero a Urrea, sino a la inversa, y tanto ese llamamiento como el giro de los cheques se debieron a aquel conocimiento. Y para qué llamó a Urrea Narváez? La respuesta la dá el propio sindicado, cuando agrega: "**Le mencioné yo a don Pablo**, como amigo, y como abuelito de ella, de Rosalba, **que por qué había hecho eso y entonces para que callara y no hiciera escándalo yo, me giró el primer cheque, es decir se me ofreció, me dijo cuánto quiere; y yo le dije deme lo que usted más o menos estime conveniente...**". Si el indagado reconoce haber sido el primero en llamar a Narváez por haberse enterado del incesto, si lo llamó para manifestarle que conocía el hecho vilando y reprochárselo, y si la consecuencia inmediata de la entrevista fue el primer giro de quinientos pesos a su favor "para que callara y no hiciera escándalo", el ilícito no deja de configurarse por la circunstancia de que el ofrecimiento procediera del denunciante y no del denunciado —como éste lo afirma contra lo que aquél asevera—, porque el compromiso de no revelar o de no continuar revelando lo que era secreto o lo que, siendo público, constituía una imputación contra el honor de la familia Narváez, supone la amenaza, por lo menos implícita, que determinó la oferta.

Que la amenaza a que se refiere la figura "de la extorsión y del chantaje" contemplada en el artículo 407 del estatuto punitivo, se ejerció sobre don Pablo por Urrea, no sólo se infiere lógicamente de la prueba que se analiza, como se ha visto, sino que aparece en las textuales palabras del procesado. Cuando se le pregunta sobre amenazas físicas proferidas contra Rosalba, responde: "Yo en esa forma no le he dicho que la mataría; **que no le hacía escándalo si le dije** (a don Pablo)... El señor Narváez, **en vista del escándalo que yo hacía** borracho **que decía que él me estaba dando dinero para que yo no contara las relaciones de él con Rosalba, me dió los tres mil pesos en los cheques y como lo he explicado**".

Cuando se le interroga si le había prometido a Narváez viajar a Caracas "y que no volvería a molestar", contesta: "Pues sí... pero... (el interrogado sonríe) ... **pero esperaba cobrar el cheque por los dos mil pesos**". Cuando se le inquiere acerca de los comentarios que insistentemente hacía, con el manifiesto propósito de hacer se girar nuevos cheques de su víctima, afirma: "A pues pues borracho yo, claro, y en estado normal también. **Comentaba con los amigos de este caso tan raro**". Y cuando el instructor le formula la pregunta final sobre el autor o autores de la infracción, da la siguiente respuesta, donde no solamente reconoce la amenaza moral, sino la física: "Yo recibí del señor Pablo Narváez en cheques tres mil quinientos pesos y cobré mil quinientos pesos, pero como lo he dicho no lo he amenazado que mato a nadie, **sino que me los dió para que no lo escandalizara**, pues después de yo haber hecho uso en tres veces de Rosalba, **podía**

decir de ella lo que me diera la gana, pues ya estaba perdida; si la he amenazado que la mato, es con razón: pues a ella sí se lo he dicho".

En la respectiva diligencia de careo, visible a los folios 33 a 35 v. del Cuaderno principal, don Pablo le sostuvo a Urrea los cargos de la denuncia, y dió cuenta de la coacción ejercida por el infractor sobre su víctima en los siguientes términos: "Por primera vez me exigió quinientos pesos, que se los dí en un cheque contra el Banco de Bogotá. **Lo que tuvo (sic) que hacer para evitar el escándalo de mi familia, porque yo estimo mi familia, y de miedo también de las amenazas de él (señala al sindicado).** Mi familia ocupa en esta sociedad de Armenia, más o menos un puesto de aprecio, y los chismes, claro, de este señor, pondrían en tela de juicio la reputación de mi familia, pues él (Señala al sindicado Urrea) me decía que ellos mandaban. Pues yo entendía que al decirme ellos mí daba a entender que el conservatismo y que mandaban y podían hacer lo que quisiera porque tenían el palo y el mando. Le dí los quinientos pesos por primera vez. A la segunda vez que ocurrió, **más o menos al mes después de haberle dado los primeros quinientos pesos, me exigió tres mil pesos...".** La misma diligencia reza más adelante: "Seguidamente se le concedió la palabra al sindicado Urrea para que manifieste lo que tenga que contradecir respecto a los cargos que en su presencia ha hecho el señor Pablo Narváez y dijo: Don Pablo me giró el primer cheque de quinientos pesos, pero no obligadamente, **fue voluntariamente, en convenio para que yo le ocultara un secreto que existía entre él (Señala a don Pablo Narváez) y ella,** Rosalba Narváez, **que consistía en que él (Señala al ofendido Narváez)** le había perjudicado a Rosalba... **yo no quería recibir los quinientos pesos y él (Señala al ofendido Narváez) me daba la plata para que me fuera y los dejara tranquilos....** Continúa el sindicado: Y además me daba dinero para que viajara, me fuera para Barranquilla y los dejara tranquilos **y no obstante no quería recibirlo, pero él me obligó, que de alguna cosa me sirve.** Replica el ofendido: **No le he ofrecido esas cantidades de dinero ni a mi padre que tiene ochenta y más años, ni a mis hijos, ahora le fuera a ofrecer a este señor que no le conocía, al tenía por qué ofrecerle....** También me dijo don Pablo que no fuera a decirle a la familia y que no fuera a saber su señora porque le pegaba. El me advertía todo, eso, que le guardara el secreto, que no fuera a escandalizar porque de pronto se perjudicaba, y debido a este me giraba cheques. Replica el sindicado: **No cierto don Pablo que usted me daba la plata para que no le escandalizara la familia y le guardara el secreto?** Contesta el ofendido: **"Usted se comprometió a no decirle a nadie. Por medio de sus amenazas yo le daba plata....."**

Acepta el apoderado del actor que efectivamente Urrea le **"formuló reclamos a Narváez"**, pero agrega que lo hizo **"sin propósito de lucro alguno,** pues ya se ha demostrado que fue el propio denunciante quien **voluntariamente** entregó el dinero por razones de su interés personal y **sin que Urrea le hiciese la menor exigencia"** (33 Cuad. 4). Afirmaciones son éstas del más aventurado optimismo, pues si los reclamos a Narváez existieron de parte de Urrea y si éste recibió el provecho, suponer la espontaneidad con que el primero le hiciera al segundo sucesivos llamamientos para entregarle dineros que el infractor no exigía y antes bien rehusaba, por sumas cuyo monto, cada vez mayor, señalaba no precisamente el autor del ilícito, sino el damnificado, resulta inverosímil, así mediara el interés personal de don Pablo por silenciar a Urrea. "Si lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba", enseña Framarino al explicar el **principio ontológico,** según el cual toda acción no conforme con lo que es la conducta humana habitual, el modo constante de ser y obrar de los hombres, debe demostrarse para tenerse por cierta.

Un examen crítico de la confesión de Urrea le habría bastado al Tribunal sentenciador para no basar principalmente la condena en las declaraciones de autos, pero el error en la calificación de una prueba no implica error en la apreciación de los hechos cuando la relación de causalidad entre las constancias procesales y la convicción del Juez no se ha roto por defecto en la lógica del razonamiento. El Tribunal se equivocó al estimar como **calificada** la confesión **simple** de Urrea, pero le atribuyó su valor probatorio verdadero al rechazarla en lo que reputó favorable al acusado.

Afirma el defensor del recurrente que "El simple denuncio constituye ya un indicio..., que por mandato de la ley debe ser comprobado con el acopio de pruebas directas o por medio de otros indicios, y esta es labor obligatoria del funcionario que conoce acerca del posible ilícito que se investiga" (16 Cuaderno 4). Con todo, la versión del denunciante coincide con la del propio sindicado, dejando a salvo la veracidad de aquél, en la casi totalidad de las circunstancias del hecho: relaciones amorosas entre Urrea y Rosalba Narváez; tiempo de duración de las mismas; cantidad

de cheques girados y valores respectivos: orden y épocas en que se giraron: denominación de los Bancos a cuyo cargo se hicieron los giros; lugares donde se entrevistaban los protagonistas (Café Popular y Parque Suere) y fórmulas de arreglo entre uno y otro a propósito de Rosalba, como tema central de las conversaciones: promesa de Urrea de viajar a Caracas, para no continuar "molestando" a Narváez y a su nieta, e insistentes comentarios que el procesado hacía, en estado de embriaguez, por las calles y tiendas adyacentes a la casa de habitación de don Pablo.

Resta analizar el cargo relacionado con la apreciación que en la sentencia se hizo de la prueba testimonial. Para el apoderado del actor, "solamente aparecen como testigos ajenos a todo interés o vínculo los señores Heli Arias, quien ya dijo no saber nada de esos asuntos, y **Aristóbulo Gallón**" (22 del Cuad. 4).

Dice el declarante últimamente mencionado:

"A mi cantina iba con mucha frecuencia a tomar licores, trago y cerveza, Luis E. Urrea y por cierto yo le fiaba. Conocí o mejor dicho por referencias del mismo Urrea, supe que éste tenía relaciones con una hija de Julio Narváez de nombre Rosalba. Una vez me mostró Urrea un cheque por quinientos pesos firmado por don Pablo Narváez y por cierto que después de que se lo pagaron me pagó a mí una cuenta de sesenta y dos pesos, pero esto ocurrió porque yo ya le había cobrado la cuenta que me debía y entonces me dijo que lo aguardara que don Pablo Narváez le iba a dar una plata y cuando le firmó el cheque fue entonces cuando me lo mostró. Después me causó a deber nuevamente Luis Urrea dinero por concepto de cantina, pues se mantenía en mi cantina tomando, le cobré y me dijo que lo aguardara que iba a volver a conseguir dinero con don Pablo Narváez y entonces yo quedé pendiente de la cuenta. Por eso un día que lo ví que iba con don Pablo Narváez para el parque Suere le dije que si le iban a firmar más cheques y me contestó que sí. Después volvió Urrea a mi cantina y me dijo que tenía un cheque por mil pesos y me lo mostró. Supe que cuando cobró el cheque por mil pesos Urrea se fue para Bogotá a un partido del Deportivo Quindío con Millonarios. Me dijo Urrea, cuando don Pablo le dió cheques por mil y dos mil pesos, que le había exigido cinco mil pesos, pero que don Pablo le había dicho que estaba muy mal y que no podía y por eso le había girado sólo tres mil pesos en cheques..." (22 a 22 v. Cuad. 1º).

Digno de crédito es este declarante, atendidas las condiciones del objeto percibido y las circunstancias de su percepción. **El vió el cheque de quinientos pesos girado por Narváez a Urrea Duque**; a él le anunció éste que le pagaría la cuenta de sesenta y dos pesos, **de una plata que Narváez le daría como en efecto ocurrió**; a él le pidió el sindicado, al hacerle un nuevo cobro por concepto de cantina, **"lo aguardara que iba a volver a conseguir dinero con don Pablo Narváez"**; a él le contestó Urrea **afirmativamente** la pregunta de **"si le iban a girar más cheques"**, cuando denunciante y denunciado se dirigían al parque Suere; a él le mostró después **un cheque por mil pesos, y** a él le refirió, finalmente, el procesado que, habiéndole **"exigido"** cinco mil pesos a don Pablo, éste "le había dicho que estaba muy mal y que no podía **y por eso le había girado sólo tres mil pesos en cheques"**.

Se tacha en la demanda tan importante declaración por "algún resentimiento con Urrea", que el abogado del actor supone en el deponente por el "escándalo" que en la cantina de éste hiciera alguna vez el procesado; y porque el testigo habla "de sumas por cinco mil pesos cuando ni (sic) el propio denunciante, interesado directo, solamente (sic) se refiere a cheques por tres mil quinientos pesos, circunstancia ésta que permite calificar el testimonio de Gallón como exagerado y parcial" (24). Pero ni Gallón, al relatar el incidente, da cuenta del resentimiento que por tal causa se suscitara en su ánimo ni el mismo Urrea lo atestigua, ni en los autos aparece de otro modo establecido: y no es inverosímil que existiera la exigencia de cinco mil pesos a Narváez, después de la entrega de los cheques por mil y por dos mil pesos, si se observan, de una parte, la ambición insatisfecha del sindicado y, de otra, estas palabras de su indagatoria: "Después de girados los cheques, vine a la tienda de Aristóbulo y me preguntó: —Cuánto te giraron? Le dije hombre: tres mil pesos. Y debido a eso, yo tomaba trago casi todos los días. Después borracho, **yo volví a hacer comentario de que me había girado más cheques**" (10 v. Cuaderno 1).

Entre los testigos que deponen contra el procesado y no tienen generales de ley con las partes, el doctor Naranjo Marín omitió —sin duda involuntariamente— citar a **Alberto Alvarez Vásquez**. Su declaración dice, en lo pertinente:

"...Tomando trago en compañía de Luis Eduardo Urrea éste me dijo que me tenía que contar de una oportunidad que tenía para conseguir dinero

con la familia Narváez. Yo le dije que me la contara y me dijo que no, que se esperara, que tenía que esperar, **que cuando supiera con cuánta plata podía contar de la familia Narváez me contaría** pues me contó que tenía relaciones con la muchacha Rosalba Narváez y que me contaría cosas que le habían sucedido en la casa de la familia de Narváez, sin que me hubiera dicho sobre intimidades en las relaciones con Rosalba, ni de ésta con don Pablo Narváez... Luis E. Urrea era un muchacho que se mantenía tomando licores y como no le he conocido ocupación, me extrañaba por no saber de dónde sacaba para tomar licor e igual extrañeza le daban los vecinos que comentaban que de dónde sacaba Luis E. Urrea tanta plata para tomar trago con tanta frecuencia...

En alguna ocasión tomando toda una noche licores con Luis Urrea y viendo que éste sacaba plata para pagar, le pregunté que de dónde sacaba plata o que qué estaba haciendo y **Urrea me contestó que nó, que eso era un negocito, que ese era el negocito que él tenía de conseguir plata, la oportunidad, y que la plata que tenía, era un principio. Me dió a entender que estaba explotando a la familia de Narváez**... (20 y v., Cuaderno 1).

Refuerza lo afirmado por este testigo la cita que le hace **Joel Cardona López** —otro declarante sin vinculación alguna con las partes—, al decir:

"...También por referencias de Alberto Alvarez, supe que Luis E. Urrea, o me dió a entender que éste ejercía el oficio de chantagista; y al efecto me preguntó que si las muchachas Narváez no me habían informado algo al respecto, a lo cual yo le dije que nó. Entonces él me dijo que pronto lo sabría, lo que me da a entender que Alberto sí sabía algo al respecto...." (5 Cuaderno 1).

Sobre las demás declaraciones de autos no se hace por la Sala examen minucioso, porque todas se enderezan a confirmar la confesión de Urrea. Contra ellas se dice que proceden de personas ligadas al ofendido con vínculos familiares y que son de referencia, objeción esta última que igualmente se formula contra los testigos no afectos al denunciante. Por esas razones —arguye el actor— se les atribuyó en la sentencia un valor probatorio que no tienen.

Los cargos son ciertos, pero la conclusión es falsa. En efecto, el parentesco no hace **incapaz** al declarante sino **sospechoso**: "Toda persona sana de mente es **hábil** para rendir testimonio. **Pero al Juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio...**", reza el artículo 224 del Estatuto Procesal vigente; y, como lo ha dicho la Corte, "Sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el Juez puede fundar una condena sin que por ese hecho se incurra en nulidad procedimental" (LXIII, 178) y "El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o rechazarse (LXIV, 854).

Anotaciones semejantes caben acerca del testimonio de referencia, que al no versar sobre la percepción inmediata del hecho investigado sino sobre su historia, bien puede contribuir a robustecer la persuasión judicial, en especial cuando coincide con la versión del confesante, no contradicha sustancialmente en el proceso, y cuando —como ocurre con Gallón y Alvarez Vásquez— relata actividades, narra circunstancias o transmite confidencias reveladas al testigo por el propio autor de la infracción.

Teoría del interés legítimo

Arguye, finalmente, el demandante que "La clase de interés que tenía la presunta víctima, en el caso de la sentencia acusada, es una cuestión que ha debido estudiar la parte motiva de la sentencia, y no lo hizo"; y agrega, con palabras del profesor Ricardo C. Núñez, que "el temor de la víctima debe referirse a un interés legítimo del extorsionado, porque de otra manera, protegiendo sus intereses ilegítimos —como puede ser el pago de un encubrimiento—, el derecho penal dejaría de ser sancionatorio de intereses jurídicos, para convertirse en protector de la ilicitud" (34 Cuaderno 4).

Ni la censura del fallo por ese concepto es pertinente, ni la opinión con que ella se ilustra puede ser compartida por la Sala. Cierto es que no se ordenó la investigación del incesto atribuido a Narváez, pero el Tribunal sí tuvo en cuenta dicha imputación al referirse al interés de don Pablo en el silencio de Urrea. Dicha Corporación dijo:

"...El procesado nos quiso hacer creer que por las relaciones que había tenido con la señorita Rosalba, ésta era de conducta honesta y nos la presenta como una prostituta, diciéndonos que por varias ocasiones hizo uso de ella en distintos si-

tios de la ciudad y en especial en el denominado "Los Pajaritos" y sobre esto, nos lo dice la misma Rosalba, que de su conducta y honestidad, nadie tiene por qué hablar mal de ella.

"Está demostrado dentro de los autos con la certificación expedida por el Banco de Colombia que el sujeto Luis Eduardo Urrea Duque sí recibió de manos del señor Pablo Narvaez, abuelo de la señorita Rosalba algunas cantidades de dinero representadas en varios cheques y que por el último —que dió origen a esta investigación el tal sujeto pretendió cobrar la ameritada y módica suma de dos mil pesos— dineros que recibía de manos del señor Narváez, para evitar que el tal individuo continuara arrebatándole la honra y fama a la familia, especialmente al ofendido Pablo Narváez. ..

"Es decir, Luis Eduardo Urrea Duque, para hacerse entregar las cantidades de dinero, acudió ante propios y extraños a denigrar de la honra y fama de la señorita Rosalba Narváez y del señor Pablo Narváez, haciendo creer o pasar hechos que habían ocurrido entre el citado Narváez y su nieta Rosalba..." (85v., y 86v. Cuaderno 1º).

Es posible que existieran las relaciones incestuosas de que se acusó al denunciante, y que éste las callara por vergüenza de manifestarlas o por sustraerse a la acción de la justicia; pero ciertas o no ciertas, su afirmación en boca de Urrea perjudicaba el honor de la familia Narváez, lo que bastaba a intimidar a don Pablo, como habrían sido suficientes al mismo fin, por sí solas, las imputaciones que aquél hiciera con referencia a Rosalba. Ello sin consideración a la calidad de legítimo o ilegítimo que el interés vinculado al temor de Narváez revistiera, porque estos delitos contra la propiedad no podrían estructurarse si tal distinción se aceptara —sino respecto de imputaciones mentirosas o de revelación de secretos imaginarios— únicas hipótesis que admitirían la inocencia del sujeto pasivo y por consiguiente su interés legítimo y es sabido, como lo recuerda la Procuraduría, con cita de Molinario, que "Tampoco interesa que las imputaciones contra el honor o los secretos que se amenaza con revelar sean verdaderos o falsos". Ni se diga que el derecho penal protege lo ilícitud cuando el temor se refiere a intereses ilegítimos, pues la represión de la **extorsión** y del **chantaje** no excluye las responsabilidades en que, a su vez, hubiere incurrido el ofendido por los actos que dieron lugar a la infracción de que fue víctima.

De lo dicho se concluye que el Tribunal sentenciador interpretó acertadamente los hechos investigados en este proceso; y como ellos corresponden a la modalidad delictuosa contemplada en el artículo 407 del Código Penal, en armonía con el 32 **ibidem**, que fueron las disposiciones aplicadas en la sentencia **sub-judice**, tampoco hubo violación de la ley. Las causales invocadas contra el fallo recurrido no deben, en consecuencia, prosperar.

Decisión:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su Colaborador Fiscal y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y por medio de la cual se condenó a Luis Eduardo Urrea Duque a sufrir la pena principal de treinta y seis meses de prisión por el délito denominado "De la extorsión y del chantaje" a que el proceso se refiere.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — Jos Amadeo Rey, Oficial Mayor.

LEGITIMA DEFENSA. — PRUEBA TESTIMONIAL

1.—Para que el fenómeno de la legítima defensa tenga configuración jurídica como causa de justificación ante la ley, debe reunir estos requisitos: Violencia; ataque o agresión contra intereses jurídicamente protegidos por el Estado en relación con la persona que se defiende o de otra a quien se trata de proteger, la violencia presupone un daño o un peligro que conlleva la probabilidad de un resultado nocivo; que sea ACTUAL, es decir, que el daño o acto violento sea inminente, casi de producción simultánea entre el ataque y la defensa. En estos casos, la actualidad del daño se confunde con el presente de la defensa, pues ambos términos —daño y defensa— hacen referencia al momento o instante en que ellos se producen "pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando el peligro ha cesado es superflua" (Cuello Calón); que sea INJUSTA, es decir, sin derecho respecto del agresor quien sin fundamento jurídico para ello comete la violencia, caso contrario no puede hablarse de legítima defensa. La agresión tiene que ser un acto contrario al derecho que conlleve la idea de lo no justo para deducir la injusticia del acto que atenta contra el derecho de la persona ofendida; que sea PROPORCIONADA A LA AGRESION; la proporcionalidad de la defensa implica el concepto de que sea necesaria en el sentido de la inexistencia de otros medios ilícitos ya para anular, repeler, evitar o rehuir la agresión que se ejercita contra derecho, acto-agresión contra derecho- que concreta la necesidad de la defensa ante la inminencia del peligro.

No es posible edificar la legítima defensa sobre prueba testimonial cuando los testigos discrepan en puntos fundamentales atinentes a los hechos, y, por otra parte, no determinan concretamente la persona del agresor ni la forma como se desarrollaron los acontecimientos, ni las personas que en ellos intervinieron. Todo ello hace suponer que los declarantes no dicen la verdad, circunstancias éstas, por las cuales no se consideran sus testimonios como prueba para justificar la legítima defensa; en consecuencia, deben rechazarse.

2.—La prueba testimonial tiene valor probatorio en cuanto ella es reflejo de la verdad real, producto de hechos y relato fiel de testigos. No es el acuerdo armónico en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo lo que da valor intrínseco al testimonio, o la pluralidad de testigos lo que determina la convicción del juzgador; es la exposición mas o menos fiel de los hechos y la forma como fueron percibidos en las circunstancias que se dejan expuestas, lo que desentraña la verdad. La valoración de la prueba testimonial no está sujeta a tarifa legal de pruebas, sino a la libre apreciación del Juez, no ilimitada sino circunscrita a las normas de la crítica del testimonio; es decir, a las condiciones sociales y personales del testigo, al objeto del testimonio, a las circunstancias en que fue percibido y a aquellas en que se rinde la declaración, condiciones éstas que sirven para aceptar o rechazar la prueba testimonial.

Las respuestas, casi acordes con el interrogatorio, lejos de presuponer que el testigo dice la verdad, conllevan un principio de sospecha y un acuerdo previo de los declarantes sobre los puntos objeto de su testimonio. No puede decirse que el testimonio es expontáneo y reflexivo cuando la respuesta contiene la reproducción de la pregunta, pues estos testimonios no se admiten para demostrar hechos que son materia del debate procesal. La ley los rechaza por dudosos y porque su contenido no prueba nada (Art. 239 del C. de P. P.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en providencia de febrero veinte de mil novecientos cincuenta y cuatro, dispuso lo siguiente:

"Consecuente con las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar **absuelve** al procesado Braulio Antonio Bustamante del delito por el cual fue llamado a responder en juicio, y ordena sea puesto en libertad".

El Agente del Ministerio Público —Fiscal del Tribunal— interpuso recurso de casación, y el Procurador Primero Delegado en lo Penal en ejercicio de facultades legales conferidas por Decreto número 1154 de 1954, amplió la demanda de casación.

Antecedentes:

El cuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres, en la población de Alcalá (Valle) aproximadamente entre las siete y ocho de la noche, Gerardo Gómez Botero penetró al café de propiedad de Alfredo Ramírez con el fin de tomarse una cerveza. Probablemente por la confianza que tenía con el dueño del establecimiento, Gómez Botero se hizo detrás del mostrador de la cantina y no en las mesas del Café destinadas al servicio de sus clientes.

Posteriormente entró al mencionado Café el señor Braulio Antonio Bustamante y al encontrarse con Gerardo Gómez, le preguntó: "que por qué motivo había intervenido o hecho cuarto para herir o matar a Hernando Martínez?" El interrogado no respondió nada a la pregunta que se le formulaba (V. indagatoria pág. 62). Seguramente por efecto del alcohol y por el dolor causado por la muerte violenta de su amigo íntimo Hernando Martínez, Bustamante reaccionó en forma intempestiva contra Gómez Botero a quien primeramente, dio de planazos con la peinilla que portaba y después le causó lesiones de que dan cuenta los conceptos periciales. El motivo, probablemente, ser Gómez Botero la persona a quien en esos momentos se acusaba de ser el autor de la muerte del Dr. Hernando Martínez.

Cuando esto ocurría, pasó por el sitio de los acontecimientos el Sargento Carlos E. Rojas, quien al ver "que dentro de la cantina, dentro del mostrador, un sujeto armado de peinilla le tiraba a otro que ya estaba en el suelo herido", (V. fls. 1) llamó la atención a Bustamante y se opuso para que continuara en la agresión, pero, en lugar de atender este llamado continuó el ataque contra Rojas quien se defendió con una vara o "zurriago" que portaba en esos momentos.

El agente de la Policía Víctor González, viendo que la vida de su superior estaba en peligro, sacó su revólver y le hizo dos disparos; sin embargo, Bustamante no cesó en su ataque, y fue necesaria la intervención del Agente Fortunato Ortega y del Personero Municipal Alfonso Henao, para que los ánimos se calmaran y Bustamante se entregara.

Llamamiento a juicio

En auto de septiembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres, el Juzgado llamó a responder en juicio por el delito de lesiones personales al señor Braulio Antonio Bustamante, y en esa providencia se negó la tesis de la legítima defensa invocada por el apoderado de Bustamante, y se reconoció ésta para Víctor González quien disparó su revólver contra el agresor.

En sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, el Juzgado, de conformidad con los cargos formulados en el auto de proceder, condenó a Braulio Antonio Bustamante. Providencia que al ser apelada fue revocada por el Superior y sustituída por un fallo absolutorio.

Sentencia.

La sentencia del Tribunal tiene como base de sustentación jurídica, la tesis de la legítima defensa, la cual deduce de los testimonios de Hoyos, González y Betancourt. Reconoce que Bustamante es el autor material de las lesiones causadas a Gómez Botero, pero niega la responsabilidad porque "el fenómeno de la legítima defensa tiene fundamento apreciable en las constancias del proceso, ya sea que se la considere de naturaleza objetiva o real o ya que se la aprecie en forma subjetiva o aparente". Bustamante se hallaba ligado a Martínez "por fuertes vínculos espirituales" y la amistad cordial habida con el "ciudadano tan cobardemente ultimado le daba hasta cierto punto derecho para tomarle cuentas a quien era considerado ya como responsable directo de su muerte....."

Demanda.

Como causales de impugnación de la sentencia, el Fiscal del Tribunal aduce la segunda, y el Procurador Primero Delegado en lo Penal comparte la opinión de su colaborador inmediato, y aduce, a su vez, la causal primera.

Causal segunda.

Errada interpretación o apreciación de los hechos:

"Acuso la sentencia absolutoria de segunda instancia dictada en este proceso —dice el Fiscal— por cuanto dicha sentencia les atribuyó (sic) un valor probatorio de que carecen en absoluto a lo dicho por los testigos Angel María Betancourt, Gonzalo Hoyos y Mario González y en cambio, en dicho fallo se desconoció el valor probatorio que tienen los hechos relatados en las declaraciones de los testigos de vista Carlos E. Rojas, Alfredo Ramírez Aristizábal, Fortunato Ortega, Alfonso Henao B., Personero Municipal de Alcalá, y Víctor Darío Ballesteros".

El fallo de la segunda instancia "acogió la tesis de la legítima defensa, que carece de todo respaldo en la realidad procesal, en donde quedó claramente establecido, con pluralidad de testimonios de calidad no recusados, que el único responsable de las lesiones causadas a Gerardo Gómez Botero fue Braulio Antonio Bustamante Castillo. El único fundamento probatorio en que el Tribunal Superior basó su sentencia absolutoria, fue los testimonios "de las personas ya citadas".

Se considera:

Las causas de justificación, o sea, aquellas que excluyen la antijuricidad del acto, están determinadas por el artículo 25 del Código Penal en sus numerales 1º, 2º y 3º. En estos casos, el hecho objetivamente es imputable a su autor, pues, por regla general, el sujeto activo del delito obra con intención y voluntad encaminadas a un fin determinado por la ley u orden obligatoria de autoridad competente (inciso 1º); por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión (inciso 2º); o bien por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional (inciso 3º). Pero al obrar en esta forma, es decir, en las circunstancias que se dejan puntualizados, aunque**n**do el hecho sea atribuible, falta el elemento de la antijuricidad en el acto humano, que es lo que configura una de las causas de justificación determinada por la disposición que se comenta. En otros términos, "sin antijuricidad no hay delito".

Para que el fenómeno de la legítima defensa tenga configuración jurídica como causa de justificación ante la ley, debe reunir estos requisitos: Una **violencia** o sea un ataque o agresión contra intereses jurídicamente protegidos por el Estado en relación con la persona que se defiende o de otra a quien se trata de proteger, la violencia presupone un daño o un peligro que conlleva la probabilidad de un resultado nocivo; que sea **actual**, es decir, que el daño o acto violento sea inminente, casi de producción simultánea entre el ataque y la defensa. En estos casos, la actualidad del daño se confunde con el presente de la defensa, pues ambos términos —daño y defensa— hacen referencia al momento o instante en que ellos se producen "pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando el peligro ha cesado es superflua" (Cuello Calón); que sea **injusta**, es decir, sin derecho respecto del agresor quien sin fundamento jurídico para ello comete la violencia, caso contrario no puede hablarse de la legítima defensa. La agresión tiene que ser un acto contrario al derecho que conlleve la idea de lo no justo para deducir la injusticia del acto que atenta contra el derecho de la persona ofendida; que sea **proporcionada a la agresión;** la proporcionalidad de la defensa implica el concepto de que sea necesaria en el sentido de la inexistencia de otros medios lícitos ya para anular, repeler, evitar o rehuir la agresión que se ejercita contra derecho, acto-agresión contra derecho- que concreta la necesidad de la defensa ante la inminencia del peligro.

Aplicados al caso **sub judice** estos principios, se pregunta:

Cuál fue el acto violento, o el ataque o agresión que sin derecho se hiciera a Bustamante? Acaso el reclamo o pregunta de por qué había intervenido o hecho cuarto para herir o matar a su amigo íntimo Hernando Martínez, fue rechazado con una ofensa de palabra o con una agresión de hecho por parte de Gómez? Los testigos afirman que no hubo ni ofensa ni agresión de parte del interrogado, y el mismo acusado lo confirma cuando en sus indagatorias dice: "Gómez no me respondió nada a la pregunta formu-

lada". Seguramente por efectos del alcohol, y, probablemente, por el sentimiento de pesar producido por la muerte de su amigo, reaccionó en la forma de que dá cuenta el proceso, cuya conclusión fueron las lesiones causadas a Gómez Botero.

Si en el desarrollo de los hechos no existió el acto inicial de la violencia contra intereses jurídicamente protegidos por la ley; si no existió ofensa de palabra ni agresión de hecho, cómo puede plantearse la tesis de la legítima defensa? O ésta puede surgir de los "fuertes vínculos espirituales" a tal extremo que la muerte violenta del amigo "le daba hasta cierto punto derecho para tomarle cuentas a quien era considerado ya como responsable directo de su muerte"? (Sentencia del Tribunal). Estima la Corte que nó. Edificar la legítima defensa sobre las palabras del fallo, sería tanto como retornar a la época de la venganza privada, con menosprecio de principios fundamentales del derecho universal-penal sobre causas excluyentes de la responsabilidad.

La intervención de Agentes de Policía, hecho posterior a la violencia, fue para defender a Gómez de la agresión de Bustamante, quien lejos de atender los requerimientos de la autoridad se reveló contra ella y atacó a sus representantes; ante el peligro en que se encontraba un subalterno (Agente Policía) hizo algunos disparos contra Bustamante, hecho confesado por su autor, reconocido por las autoridades de la Rama Jurisdiccional y clausurado con sobreseimiento definitivo, con fundamento en la tesis de la legítima defensa.

Si el segundo episodio, —ataque de Bustamante a las autoridades—, fue continuación del primero, —agresión a Gómez Botero—, si entre los dos hechos no existe separación, si la acción no es interrumpida, si no hay discontinuidad en ella, se puede hablar de legítima defensa recíproca? Estima la Sala que nó, pues un mismo hecho no puede generar dos clases de legítima defensa, una parte para el actor de la violencia y otra para el sujeto pasivo de ella; pues su reconocimiento implicaría a la afirmación de términos contradictorios.

La legítima defensa reconocida por el Tribunal se respalda en los testimonios de Angel María Betancourt, Gonzalo Hoyos y Mario González, vecinos de Anserma, quienes dicen que estuvieron en el Café Real y presenciaron cuando Bustamante en alta voz dijo a Gómez Botero "por qué hiciste cuarto para que mataran a Hernando"; que en ese momento el interrogado con sus compañeros de mesa atacó a Bustamante. Que cuando Alarcón y Bustamante esgrimían contra éste "armas blancas y de fuego", Bustamante sacó una peinilla y con ella se defendió. Que Bustamante "se vió prácticamente muerto en virtud de los ataques que se le hicieron allí en ese establecimiento por distintos sujetos y que si no hubiera sido porque se defendió con la peinilla habría sido totalmente aniquilado". Estos testimonios comparados con las demás pruebas del proceso llevan al ánimo de la Sala la convicción de que los declarantes no dicen la verdad.

En efecto: si los declarantes —como ellos afirman— estuvieron presentes en el Café, por qué no vieron a los Agentes de la autoridad y observaron su conducta? Por qué omiten en sus testimonios lo fundamental de su intervención y guardan silencio ante la actitud de Bustamante? Por qué olvidan relatar la intervención de Alfonso Henao que culminó con la entrega de Bustamante a las autoridades? Por qué no son explícitos en sus testimonios, y no exponen la razón o el motivo por el cual les constan los hechos afirmados por ellos?. Seguramente porque no estuvieron en el sitio de los acontecimientos. y por esto es por lo que sus respuestas son reproducción casi exacta del interrogatorio.

Alfredo Ramírez Aristizábal, en sus declaraciones y careos sostiene que Gerardo Gómez entró solo a su cantina, que tomó asiento detrás del mostrador, que estaba tomando una cerveza cuando llegó Bustamante a hacerle el reclamo; que éste le dió primero de planazos y luego le tiró de filo; que en esos momentos intervino la Policía y que Bustamante agredió a los Agentes de la autoridad, afirmación que no ha sido contradicha por prueba alguna y en cambio fue aceptada implícitamente por el acusado en las diligencias de careo. El dicho de Ramírez está de acuerdo con el testimonio del ofendido, y con las demás pruebas del proceso. La intervención de la autoridad fue posterior —como se ha dicho— a la agresión de Bustamante, quien no aceptó los requerimientos de ésta, sino que se lanzó en ataques contra los Agentes de Policía. Así lo afirman estos testigos y lo corroboran los testimonios de Carlos E. Rojas, Fortunato Ortega, Víctor González, Gómez Botero y Alfredo Aristizábal.

La prueba testimonial tiene valor probatorio en cuanto ella es reflejo de la verdad real, producto de hechos y relato fiel de testigos. No es el acuerdo armónico en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo lo que da valor intrínseco al testimonio, o la pluralidad de testigos lo

que determina la convicción del juzgador; es la exposición mas o menos fiel de los hechos y la forma como fueron percibidos en las circunstancias que se dejan expuestas, lo que desentraña la verdad. La valoración de la prueba testimonial no está sujeta a tarifa legal de pruebas, sino a la libre apreciación del Juez, no ilimitada sino circunscrita a las normas de la crítica del testimonio, es decir, a las condiciones sociales y personales del testigo, al objeto del testimonio, a las circunstancias en que fue percibido y a aquellas en que se rinde la declaración, condiciones éstas que sirven para aceptar o rechazar la prueba testimonial.

Las respuestas, casi acordes con el interrogatorio, lejos de presuponer que el testigo dice la verdad, conllevan un principio de sospecha y un acuerdo previo de los declarantes sobre los puntos objeto de su testimonio. No puede decirse que el testimonio es expontáneo y reflexivo cuando la respuesta continúa la reproducción de la pregunta, pues estos testimonios no se admiten para demostrar hechos que son materia del debate procesal. La ley los rechaza por dudosos y porque su contenido no prueba nada (Art. 239 del C. de P. P.).

No es posible edificar la legítima defensa sobre prueba testimonial cuando los testigos discrepan en puntos fundamentales atinentes a los hechos, y, por otra parte, no determinan concretamente la persona del agresor ni la forma como se desarrollaron los acontecimientos, ni las personas que en ellos intervinieron. Todo ello hace suponer que los declarantes no dicen la verdad, circunstancias éstas, por las cuales no se consideran sus testimonios como prueba para justificar la legítima defensa; en consecuencia, deben rechazarse.

En estas condiciones, la sentencia con base en las declaraciones de Betancourt, Hoyos y González, dio a los hechos un valor probatorio que no tenían, apreciando una circunstancia del hecho cuando en realidad no estaba demostrada, negando para llegar a esa conclusión el valor de las pruebas que determinan la responsabilidad de su autor.

Por estos motivos, la causal alegada debe prosperar.

Causal primera.

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Al ampliar la demanda, la Procuraduría alega esta causal y argumenta así:

"Sobre la base de esta errada interpretación de los hechos, coloca la misma providencia al procesado Braulio Antonio Bustamante en el campo de la legítima defensa, y aunque no la cita en parte alguna, debe admitirse, para efectos de la casación, que está aplicando la disposición legal contenida en el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal, que es la que contiene los elementos de esta figura".

"En consecuencia, no siendo cierto, como no lo es, que el procesado Braulio Antonio Bustamante hubiera procedido en la forma que los "testigos" Hoyos, González y Betancourt dicen que procedió, que por su base la argumentación relativa a sostener que los hechos cometidos por aquél tienen justificación legal, y, por ende, la legalidad de la sentencia absolutoria".

Se observa.

Por regla general, en los juicios sin intervención de Jurado, cuando se alega en casación cualquiera de las causas que justifican el hecho, la causal pertinente es la segunda, pues la primera se alega como subsidiaria de aquella. Justificada la demanda y probada la causal, la sentencia es violatoria de la ley penal en su artículo 25 numeral 2º; por tanto, la causal alegada también prospera.

Fallo.

Justificadas las causales segunda y primera, procede la Sala a dictar el fallo al tenor de lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

El elemento material del ilícito no ha sido objeto de ninguna controversia. Está suficientemente acreditado por los conceptos médico-legales que expresan:

"..... La perturbación funcional, o sea la lesión, consistente en la pérdida de movimientos de flexión y extensión, es definitiva por haber quedado seccionados los tendones extensores, y el predominio de los flexores, hace que la mano conserve una actitud en garra, casi cerrada. No cederá con el tiempo, y por lo tanto es perturbación definitiva".

Se ha demostrado que Braulio Antonio Bustamante con anterioridad al hecho investigado— observó una conducta intachable; que es padre de familia de conducta ejemplar, que nunca tuvo

cuentas pendientes con la justicia. Que es honrado y trabajador, que es ciudadano amante del progreso, respetuoso de las autoridades y que no tiene vicios degradantes. En suma se puede afirmar que su conducta tanto pública como privada fue intachable por el conjunto de cualidades que son atributo de su propia personalidad. En estas condiciones, el acto delictivo —vale decir— fue ocasional, motivado bien por su estado de embriaguez, ya también, por el sentimiento de dolor causado por la muerte violenta de su amigo íntimo Hernando Martínez.

Esta declaración no puede hacerse respecto a la personalidad del ofendido Gerardo Gómez Botero, de quien se dice era fomentador de odios y situaciones conflictivas; amigo del chantaje, amante de bebidas embriagantes y pendenciero, constituyendo en esta forma un peligro para los ciudadanos de la población de Alcalá.

No se puede afirmar la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad, ni siquiera la de "indefensión de la víctima, ni la de insensibilidad moral" aducidas por la Procuraduría. Porque estas circunstancias no pueden predicarse de los delitos cometidos bajo la presencia de una acción repentina y súbita, ni de aquellos —delitos que se cometen al influjo de un intenso dolor; en estos casos el delincuente procede en un arrebato súbito bajo un verdadero "huracán psicológico" que no le permite reflexionar sobre condiciones ventajosas para él, y desventajosas para el ofendido, mucho menos para prolongar deliberadamente los dolores de su víctima, que sería la insensibilidad moral o dureza de corazón, o complacencia en el delito.

No existiendo circunstancia de mayor peligrosidad sino de menor peligrosidad, la pena debe fijarse en su mínimo (Art. 39) en relación con la disposición violada (Art. 374, inciso 2º) y con los artículos 36, 37, 92 y pertinentes del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, en parte de acuerdo con él, INVALIDA el fallo de veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, y en su lugar,

Resuelve:

a)—Condénase a Braulio Antonio Bustamante de condiciones civiles determinadas en este proceso, como autor de las lesiones causadas a Gerardo Gómez Botero, delito por el cual se le llamó a responder en juicio, a las penas principales de dos años de presidio que debe cumplir en el establecimiento carcelario que para tal efecto señale el Director General de Prisiones; de esta pena se descontará el tiempo que haya permanecido en detención preventiva.

A pagar a favor del Tesoro Nacional, multa de doscientos pesos ($ 200.00) moneda legal.

b)—Condénase a Braulio Antonio Bustamante a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derecho y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de toda pensión de jubilación sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad si la tuviere, y al pago de perjuicios morales y materiales provenientes de la infracción, condenación que se hace en abstracto, pues no fue determinada previamente en el proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DESISTIMIENTO

Es evidente que los Agentes del Ministerio Público no pueden desistir sinó en los casos en que tengan autorización legal de las entidades que representan (Numeral 4º del Artículo 465 del C. J.). Pero esa facultad sólo hace referencia a cuestiones netamente civiles y no a penales. En estos casos, el Ministerio Público es titular de la acción penal (Artículo 95 C. de P. P.); por consiguiente, el derecho que la ley otorga para desistir de un recurso tiene plena operancia jurídica, cuando los resultados que se pueden obtener por consecuencia del recurso, no conducen a ninguna finalidad práctica en orden a la administración de justicia.

Si la muerte del procesado extingue la acción y las consecuencias penales de la condena, es natural que el recurso de casación en sus efectos favorables o desfavorables no tendría ninguna aplicación práctica, toda vez que la muerte del sindicado deja sin efectos jurídicos, por una parte, la acción penal, y por otra, los resultados provenientes del fallo (Art. 200 del C. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Por auto de veintinueve de abril del presente año, la Corte declaró admisible al recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra la sentencia absolutoria de catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, pronunciada por dicha entidad.

Durante el término del traslado, para formular demanda, el Fiscal del Tribunal en memorial de mayo treinta, expresa a la Sala que desiste del recurso de casación, "por razón de tener conocimiento exacto de la muerte del procesado, y ya será el caso de declarar extinguida la acción penal en este negocio".

Esta petición —desistimiento— la respalda en la partida de defunción expedida por el Notario del Circuito de Santa Rosa de Cabal. En este documento consta que el señor Fernando Franco Quintero murió el día treinta del mes de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, a la edad de cuarenta y cinco años y que la muerte ocurrió en el hospital de San Vicente de esa ciudad.

"El desistimiento —ha dicho la Corte— es un acto dispositivo de las partes en el proceso penal, para proseguir o terminar los incidentes o recursos que se hayan propuesto en él. El desistimiento, por consiguiente, entraña la renuncia de un hecho que produce el efecto de dejar en firme la providencia o sentencia sujeta a un recurso, y sus efectos y consecuencias sólo aprovechan o perjudican a la persona que se dice titular del mismo".

"Las partes pueden ejercitar esta facultad personalmente o por conducto de sus apoderados (Art. 461): cuando lo hace el titular, la acción no necesita autorización expresa porque es la renuncia del derecho que concede la ley para interponer el recurso, pero, cuando el desistimiento se hace por conducto del apoderado o representante legal, éste debe tener autorización expresa para ello; caso contrario, el desistimiento no tiene operancia jurídica por ausencia de facultad expresa para ello. (Artículo 465, num. 3º)".

Es evidente que los Agentes del Ministerio Público no pueden desistir sino en los casos en que tengan autorización legal de las entidades que representan (Numeral 4º del Art. 465 del C. J.) Pero esa facultad solo hace referencia a las cuestiones netamente civiles y no a las penales. En estos casos, el Ministerio Público es titular de la acción penal (Art. 95 C. de P. P.); por consiguiente, el derecho que la ley otorga para desistir de un recurso tiene plena operancia jurídica, cuando los resultados que se pueden obtener por consecuencia del recurso, no conducen a ninguna finalidad práctica en orden a la administración de justicia.

Si la muerte del procesado extingue la acción y las consecuencias penales de la condena, es natural que el recurso de casación en sus efectos

favorables o desfavorables no tendría ninguna aplicación práctica, toda vez que la muerte del sindicado deja sin efectos jurídicos, por una parte, la acción penal, y por otra los resultados provenientes del fallo (Art. 100 del C. P.).

La Sala no tiene competencia para declarar extinguida la acción penal. El recurso de casación sólo le confiere jurisdicción para revisar la sentencia de conformidad con las causales que se aleguen en la demanda, pero, al aceptar el desistimiento como lo hará su función jurisdiccional se extingue.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ACEPTA el desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra la sentencia de esa Entidad de fecha catorce de febrero del año en cursó, por la cual se absuelve al señor Fernando Franco Quintero por un delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DEMANDA

La demanda por su forma de presentación, por los hechos alegados como fundamento de ella, y por el derecho que se invoca, no se ciñe estrictamente a los principios que debe reunir toda demanda de casación. Los requisitos que debe contener la petición, expresamente están determinados en la norma del artículo 531 del Código Judicial, y a ella debe sujetarse toda persona que ante la Corte recurre en casación.

Si el planteamiento de los hechos controvertidos no es claro y preciso; si las causales que se aducen para pedir la infirmación del fallo son equivocadas; si los motivos que las respaldan no son pertinentes para fundamentar la causal invocada; si el derecho alegado no es conducente para deducir la violación de las disposición citada, es natural que la demanda no prospere, bien por ser deficiente o incompleta, ora por no estar fundada, ya también por ser un escrito de instancia y no una verdadera demanda de casación que es lo que ante la Corte debe presentarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

A la pena principal de ocho años de presidio fue condenado **Miguel Rodríguez León**, como responsable de homicidio.

La sentencia fue pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, y contra ella se interpuso recurso de casación.

Hechos

En providencia de diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y dos, **Miguel Antonio Rodríguez León** fue llamado a responder en juicio —con intervención del jurado— por un delito de homicidio cometido en la persona de Jaime Alberto Muñoz, el diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, hechos acaecidos en el Municipio de Sesquilé. Cumplidas las exigencias legales pertinentes a la tramitación del juicio, a la consideración de los Jueces de Conciencia se sometió el siguiente interrogatorio:

"El acusado Miguel Rodríguez León, de las condiciones civiles conocidas, es responsable, si o nó de haber dado muerte voluntariamente a Jaime Alberto Muñoz, por medio de herida causada con instrumento corto-punzante, según hechos ocurridos el diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, en jurisdicción del Municipio de Sesquilé, de la comprensión de este Distrito Judicial y en las horas de la tarde del día citado?"

Sí: fue la respuesta del Jurado.

En desarrollo de este veredicto, por no ser contrario a la evidencia de los hechos procesales, los juzgadores de instancia condenaron a Rodríguez León como responsable de un delito de homicidio intencional.

Demanda.

La demanda por su forma de presentación, por los hechos alegados como fundamento de ella, y, por el derecho que se invoca, no se ciñe estrictamente a los principios que debe reunir toda demanda de casación. Los requisitos que debe contener la petición, expresamente están determinados en la norma del artículo 531 del Código Judicial, y a ella debe sujetarse toda persona que ante la Corte recurre en casación.

Si el planteamiento de los hechos controvertidos no es claro y preciso; si las causales que se aducen para pedir la infirmación del fallo son equivocadas; si los motivos que las respaldan no son pertinentes para fundamentar la causal invocada; si el derecho alegado no es conducente para deducir la violación de la disposición citada, es natural que la demanda no prospere, bien por ser deficiente o incompleta, ora por no estar fundada, ya también por ser un escrito de ins-

tancia y no una verdadera demanda de casación que es lo que ante la Corte debe presentarse.

"Lo importante y fundamental en la técnica de casación —ha dicho la Corte— es, saber formular la demanda para obtener un resultado. Una petición mal fundada, sin técnica ni orientación, es inoperante. No es lo mismo alegar en una instancia, del juicio que confeccionar un escrito de casación; lo primero, no necesita sujeción o reglas especiales de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo del recurso extraordinario que ante la Corte se decide".

"El simple enunciado de la causal sin respaldo en los hechos ni en el derecho, no es una demanda; podría ser una especie de alegato de instancia, con la posibilidad de que sea estudiado para interpretar el pensamiento de quien presenta el escrito, pero el recurso extraordinario de casación no puede suplir las deficiencias de la demanda ni interpretar el pensamiento del recurrente para corregir la falta de técnica de que adolece la demanda".

"La demanda —dice la Procuraduría— aunque contempla dos causales de casación, no alega ni sustenta ninguna. Tal escrito sería apenas de recibo en su oportunidad en el curso de las instancias, más nunca un ataque de casación que requiere, entre otras cosas, la indicación en forma clara y precisa de los fundamentos en nombre de los cuales se considera que la sentencia del Tribunal se encuentra contemplada en cualquiera de los numerales del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

No existiendo una verdadera demanda, la Corte no puede hacer ningún estudio sobre causales que se invocan y no se sustentan, porque es la crítica de la sentencia frente a la ley y la demostración de los motivos de impugnación, lo que dá fundamento para analizar las diversas causales que se puedan alegar con base en la norma del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, **declara desierto** el recurso de casación interpuesto contra al sentencia de que se ha hecho mención y condena en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COLISION DE COMPETENCIAS

En sentencia de 21 de julio de 1942 se dijo que "la Corte no puede, al dirimir un incidente sobre colisión de competencias entre dos jueces superiores de distintos distritos judiciales, afirmar ni negar la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanzar concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o nó, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Sala usurparía jurisdicción si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como juez de instancia".

Lo transcrito no quiere decir, sin embargo, que la Corte se encuentre imposibilitada, al dirimir las colisiones por razón del territorio, para decir cuál de los funcionarios que se niegan a conocer de un determinado delito con fundamento en la calificación del mismo, se halla en lo cierto, atendidas las constancias procesales y siempre con la salvedad de que nuevos elementos probatorios puedan modificar la situación contemplada en el momento de fijar la competencia controvertida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Para que se dirima la colisión de competencias negativas surgida entre los Jueces Segundo Superior de Pereira y Primero Superior de Manizales, viene a la Corte la investigación adelantada contra **Alfonso Aguirre y otros** por los hechos que a continuación se reseñan:

....

Se considera:

En sentencia de 21 de julio de 1942 (LIII.424) se dijo que "La Corte no puede, al dirimir un incidente sobre colisión de competencias entre dos jueces superiores de distintos distritos judiciales, afirmar ni negar la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanzar concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o nó, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Sala usurparía jurisdicción si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como juez de instancia".

Lo transcrito no quiere decir, sin embargo, que la Corte se encuentre imposibilitada, al dirimir las colisiones por razón del territorio, para decir cuál de los funcionarios que se niegan a conocer de un determinado delito con fundamento en la calificación del mismo, se halla en lo cierto, atendidas las constancias procesales y siempre con la salvedad de que nuevos elementos probatorios puedan modificar la situación contemplada en el momento de fijar la competencia controvertida. Si así no fuera, la Corte estaría igualmente incapacitada para desatar la dificultad en la hipótesis del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, cuando la continuidad o cronicidad del delito cometido en distintas jurisdicciones fuese dudosa, y en las previstas en el artículo 57 **ibidem** cuando la naturaleza del hecho no apareciera claramente determinada.

Precisado así el alcance de la jurisprudencia citada, la Sala comparte el parecer del Juzgado Primero Superior de Manizales, en el sentido de que en el estado actual de la investigación el delito que se configura o está en vía de configurarse es el de estafa, razón de suyo suficiente para que el Juzgado Segundo Superior de Pereira, ciudad donde ocurrió la presunta infracción, continúe en el conocimiento, de conformidad con la norma general contenida en el artículo 55 del estatuto procesal. Lo cual no será óbice para que ulteriormente, en hora más oportuna, pueda concluirse que los hechos cumplidos en territorio de

la comprensión del Distrito Judicial de Manizales realmente estructuran el robo que allí se dice perpetrado, si no resultan ser complementarios de la estafa o haberse encaminado a rehuir la acción de la justicia, como lo estima el funcionario que dispuso el envío de los autos a la Corte. El Juez en quien se ha fijado la competencia de un negocio (aquí se fijó ella desde un principio en el Juzgado Segundo Superior de Pereira tanto por la naturaleza del hecho como por razón del territorio), no puede desligarse del conocimiento estimando que ha cambiado la denominación jurídica del ilícito, cuando las pruebas allegadas al proceso no permiten dar aún por establecida esa circunstancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión suscitada entre los Jueces Segundo Superior de Pereira y Primero Superior de Manizales afirmando que es al primero y no al segundo de tales funcionarios a quien corresponde conocer de este proceso.

Devuélvanse las diligencias al despacho de origen para los efectos legales pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COLISION DE COMPETENCIAS

La colisión de competencias no surge en el momento en que ella se provoca, sino en el acto en que ella se acepta o se rechaza, siendo necesario e indispensable que el funcionario a quien se plantea exprese las razones que tiene para aceptarla o negarla. Si ocurre lo primero, cesa el incidente, es decir, no existe colisión y el Superior nada tiene que resolver; si no se aceptan las razones del funcionario que la provoca, entonces le corresponde al Tribunal o a la Corte, según el caso, decidir a cuál de los funcionarios le atribuye la competencia para conocer del proceso.

En estas condiciones, es preciso conocer la opinión que sobre el particular tenga el Juez Penal del Circuito de Anserma, funcionario a quien se provoca la colisión de competencias negativa, para que manifieste su pensamiento por escrito sobre el tema suscitado por el Juez Segundo Penal del

Circuito de Pereira. Como esto no se ha realizado, quiere decir que se preterm itieron las formalidades atinentes al procedimiento (artículos 65 y 67 del C. de P. P.). Y mientras estos requisitos no se cumplan, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para decidir el incidente sobre colisión de competencias, al tenor de lo dispuesto por los artículos 42, numeral 4º y 65 y 67 de la Ley 94 de 1938.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cinco.

En providencia de noviembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, después de analizar los delitos de rapto, incesto y corrupción de menores, concluye afirmando que no existen —en su concepto— los dos primeros delitos, sino, únicamente el tercero; declara nulo lo actuado y dispone remitir el proceso al Juzgado de Anserma, jurisdicción donde se consumó la violencia carnal consentida, que reprime la ley en el artículo 326 del Código Penal.

Esta providencia fue apelada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira la revocó en la parte que declara nulo el auto por el cual se cierra la investigación, y se ABSTUVO de resolver sobre la colisión de competencias porque al hacerlo usurparía jurisdicción.

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma (Caldas), en auto de febrero quince de mil novecientos cincuenta y cinco, expresa:

"Como el delito más grave de los que se investigan en estas diligencias fue cometido en esta ciudad, se dispone avocar el conocimiento del presente negocio acogiendo la doctrina que sobre el particular tiene sentada nuestra H. Corte Suprema de Justicia".

El veintiuno de marzo del presente año, calificó el mérito del sumario; llamó a responder en juicio a Gabriel Trejos Sáenz por los delitos de *rapto y corrupción de menores*. Para este funcionario lo mismo que para el Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira, no tiene configuración jurídica el delito de incesto.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al revisar por apelación la providencia del Juzgado, declaró nulo lo actuado por incompetencia de jurisdicción, pues no se trata —dice— de resolver un problema planteado de acuerdo con la disposición del artículo 50 (diversas competencias) sino de jurisdicciones distintas (artículo 57 del C. de P. P.). Y concluye:

"Se tiene, pues, que lo que ha debido hacer el señor Juez de Anserma al recibir el proceso era declararse incompetente para conocer de él y consecuencialmente aceptar la colisión de competencia negativa que le suscitara el señor Juez de Pereira y proceder a remitirlo a la H. C. S. de Justicia a fin de que esta alta Corporación dijera la última palabra. Y como no lo hizo, claro aparece que lo por él actuado está viciado de nulidad por carencia de jurisdicción... Habrá entonces que declarar tal nulidad a partir de auto de fecha quince de febrero del año en curso, *con el objeto de que el negocio sea enviado a la H. C. S. de Justicia*, para que esta Corporación decida sobre la colisión de competencias. Para tal efecto, previamente el señor *Juez*

a que *aceptará la colisión* que le planteará el funcionario tantas veces citado". (Subraya la Corte).

SE CONSIDERA:

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma, no acepta ni niega la colisión de competencias. Guardó silencio y no cumplió con el auto del Tribunal en la parte que se deja subrayada, es decir, la colisión de competencias no está ceñida a los trámites legales.

La colisión de competencias, o sea, la oposición o pugna de ideas entre dos funcionarios sobre tema de competencia para conocer de un negocio determinado, no existe sino en el caso de que haya desacuerdo o divergencia de pareceres sobre cuál de los funcionarios debe avocar el conocimiento del negocio, no sólo en lo relativo a la instrucción del proceso, sino, también, en cuanto al juzgamiento y fallo respectivo.

No se puede pensar en la existencia de colisión de competencias cuando ella es aceptada por el funcionario a quien se provoca y éste asume el conocimiento del negocio, ya que el acuerdo de opinión entre el Juez o Magistrado que provoca y el funcionario que la acepta, rechaza de plano la colisión. Pero esa opinión —acuerdo o desacuerdo— tiene que ser real y concreta, traducida en providencia que exprese esas ideas, toda vez que el silencio no implica ni aceptación ni negación.

La colisión de competencias no surge en el momento en que ella se provoca, sino en el acto en que ella se acepta o se rechaza, siendo necesario e indispensable que el funcionario a quien se plantea expreso las razones que tiene para aceptarla o negarla. Si ocurre lo primero, cesa el incidente, es decir, no existe colisión y el Superior nada tiene que resolver; si no se aceptan las razones del funcionario que la provoca, entonces le corresponde al Tribunal o a la Corte, según el caso, decidir a cuál de los funcionarios le atribuye la competencia para conocer del proceso.

En estas condiciones, es preciso conocer la opinión que sobre el particular tenga el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, funcionario a quien se provoca la colisión de competencia negativa, para que manifieste su pensamiento por escrito sobre el tema suscitado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira. Como esto no se ha realizado, quiero decir que se pretermitieron las formalidades atinentes al procedimiento (artículos 65 y 67 del C. de P. P.). Y mientras estos requisitos no se cumplan, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para decidir el incidente sobre colisión de competencias, al tenor de lo dispuesto por los artículos 42, numeral 4º, y 65 y 67 de la Ley 49 de 1988.

En consecuencia, la Corte dispone que sea devuelto este negocio al funcionario remitente para lo de su cargo.

Cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DEMANDA DE CASACION PRESENTADA OPORTUNAMENTE POR EL FISCAL RECURRENTE Y RECIBIDA EN LA CORTE DESPUES DE VENCIDO EL TERMINO DEL TRASLADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia del 19 de noviembre de 1954, confirmó la dictada el 28 de septiembre de 1953, por medio de la cual el Juzgado Primero Superior de ese Distrito absolvió a Pedro Antonio Saavedra Ocampo del delito de homicidio por que se le enjuició en este proceso.

No conforme con tal decisión el señor Fiscal del Tribunal recurrió en casación contra ella, y concedido el recurso la Corte lo admitió en auto de 18 de febrero de este año, donde se ordenó además, correr el traslado legal al recurrente y, con este objeto, remitir el proceso al presidente de la Sala Penal del Tribunal de origen.

Devueltos los autos al Tribunal el 7 de marzo último, en esta fecha se notificó allí lo resuelto por la Corte y el Fiscal elaboró la demanda visible a folios 5 a 9 del cuaderno 2, que presentó en la Secretaría del Tribunal comisionado el 24 de marzo citado. De nuevo, el expediente se recibió en la Corte el 30 de ese mismo mes, y la Secretaría lo pasó a la mesa del Magistrado sustanciador diciendo:

"Al despacho informando que está vencido el término del traslado que se le corrió a la parte recurrente (Fiscal del Tribunal Superior de Buga) y que su anterior demanda de casación fue introducida ante dicho Tribunal en oportunidad, pero recibida en esta Sala de la Corte extemporáneamente".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien le fue pasado el negocio en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto Ejecutivo número 1154 de 1954, pide a la Corte se declare desierto el recurso porque, de acuerdo con doctrinas de la Corte que él transcribe, si la demanda de casación no se presenta dentro del término legal, existe presunción de abandono del recurso; porque, si se puede aceptar su presentación ante una autoridad distinta de la que conoce del asunto, "debe llegar a ésta antes de expirar el término señalado por la ley, para que pueda tenerla en cuenta en el momento procesal correspondiente"; porque "lo esencial en estos casos, es que los escritos lleguen al funcionario que debe resolver sobre ellos en los plazos fijados por la ley de procedimiento, a fin de que hagan parte del proceso"; porque "Cuando ello no ocurre debe legal del funcionario es acatar las disposiciones procesales que consagran la presunción de abandono del recurso, pues de no hacerlo, incurriría no sólo en sanciones penales por omisión en el cumplimiento de sus deberes, sino también en sanciones disciplinarias por dejar correr sin actuar, los términos prescritos por la ley de procedimiento"; y porque, de acuerdo con el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, aplicable aquí en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, "La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, DE MODO QUE LLEGUE A LA SECRETARIA DENTRO DE DICHO TERMINO", y "el envío de la demanda de casación, cuando el interesado no reside en el lugar donde se sigue el negocio, puede hacerse desde un lugar distinto, pero para que aquélla surta sus efectos, es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos establecidos por la ley. (Casación de Arguniro Ramos. GACETA JUDICIAL, tomo LXIX, números 2100-2101, pág. 718)".

En estos casos —agrega el señor Procurador— "las contingencias de correos y transportes deben tenerse muy en cuenta y deben ser previstas en sus efectos por la parte recurrente. Así se impone a los señores Fiscales considerar ese factor para que pueda tener efectividad el recurso interpuesto por ellos y su esfuerzo de sustentación en el libelo respectivo.

"En el presente asunto como la demanda del señor Fiscal de Buga ha de tenerse como inexistente, con lo expresado es suficiente para que la Procuraduría tenga por demostrado que no hay base para actuar de conformidad con el artículo tercero del citado Decreto legislativo número 1154 de 1954 y

para concluir que no puede prosperar el recurso extraordinario de casación interpuesto, el cual debe declararse desierto".

Se considera:

Si el traslado al recurrente, en el caso de autos, se hubiera efectuado en la Secretaría de la Sala de la Corte, ninguna duda ofrecería la cuestión planteada, pues tanto la doctrina transcrita como las disposiciones legales en que ella se apoya son suficientemente claras y no habría observación qué hacer al respecto.

Ocurre, sin embargo, que en el auto de admisibilidad del recurso aquí interpuesto se dijo:

"...Córrase traslado al recurrente por el término de quince días para que formule la respectiva demanda y como el señor Fiscal tiene su sede en la ciudad de Buga y carece de jurisdicción territorial para actuar en Bogotá, se ordena remitir el proceso al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal de origen para que se surta el traslado del caso, en los términos del artículo 563, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal".

El libelo se presentó, pues, debidamente en la Secretaría de la misma entidad que le notificó al Fiscal lo resuelto por la Corte y le entregó los autos para elaborarlo, porque ello era consecuencia de la comisión conferida. Por otra parte, el recurrente tenía quince días para fundar el recurso, y si lo hizo dentro de ese término ante el comisionado, como en efecto ocurrió, se conformó con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 563 del estatuto procesal, no siendo, por tanto, procedente declarar desierto el recurso, como lo solicita la Procuraduría. La llegada del expediente a la Corte fuera del término de fundamentación del recurso, fue ajena a la actividad del Fiscal recurrente, y no era a él a quien correspondía prever "las contingencias de correos y transportes" a que alude el señor Procurador, sino a la Secretaría del Tribunal Superior de Buga, como encargada del curso del proceso.

De lo dicho se concluye que, aunque las presentes diligencias fueran recibidas en la Corte fuera del término que tenía el recurrente para sustentar el recurso, la respectiva demanda de casación se presentó en tiempo oportuno, y la solicitud del Ministerio Público no puede, en consecuencia, atenderse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a declarar desierto el recurso de casación de que se ha hecho mérito y DISPONE que el negocio vuelva al despacho de su Colaborador Fiscal para los efectos del auto de fecha cuatro de mayo último.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COLISION DE COMPETENCIAS. — SUSTRACCION DE ESTAMPILLAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Viene a la Corte el expediente adelantado contra Javier Valencia Marín y otros por peculado, para que se dirima la colisión de competencias negativas suscitada entre el Juez del Circuito Penal de Pereira y el Juzgado Primero Superior de Manizales.

Dio origen al proceso la comunicación que, con fecha 24 de julio de 1951, dirigió al Juez 45 de Instrucción Criminal el Contralor Departamental de Caldas, en que se afirma que al hacerse el examen de las cuentas de Tesorería de Rentas Municipales de Marsella, correspondientes a diciembre de 1950 y enero a abril de 1951, se observó el empleo, para el recaudo del impuesto adicional de Catastro, de "estampillas de las dedicadas para ese fin, al parecer ya usadas en otras oficinas".

Adelantado el proceso —en el que aparecieron implicados, entre otros, Javier Valencia Marín, Tesorero de Marsella, y Gilberto Correa, Visitador Fiscal de la Contraloría de Caldas (fs. 268 y 279 del Cuaderno 1º) las diligencias pasaron al Juzgado Penal del Circuito de Pereira y de allí a la Fiscalía del Juzgado Primero Superior de ese Distrito, donde se consideró que, no hallándose clasificado el hecho en las disposiciones vigentes del Código Penal, sino en las de la Ley 78 de 1935, que sanciona el "uso de estampillas reconstruidas o reparadas", la competencia es de los Jueces de Circuito, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal.

Acorde con esta tesis, el Juzgado Primero Superior de Pereira envió el negocio para que avocara el conocimento, al Juzgado Penal del mismo Circuito, quien se expresó así, en auto de 14 de julio de 1954:

"En el caso de autos solo hay hasta el presente un cargo evidente, claro, definido, y es el que de la Contraloría de Caldas fueron sustraídas las estampillas que luego rechazó la misma entidad.

"Y ello es así porque solo de esa manera era posible que se expendieran en diferentes pueblos de Caldas tales especies.

"Luego el ilícito establecido fue cometido en Manizales, y es de competencia exclusiva del señor Juez Superior, como que se trata de una de las infracciones que define y sanciona el Código Penal en su Libro 2º, Cap. 1º del Tít. III.

"Por ello se ordena enviar este negocio al señor Juez Superior de la ciudad de Manizales (repartimiento) como de su exclusiva competencia.....".

Repartido el negocio al Juzgado Primero Superior de Manizales, se abstuvo este Despacho de conceptuar sobre la competencia así suscitada, mientras el Juzgado Penal del Circuito de Pereira no dijera si aceptaba o nó la provocada por el Juez Primero Superior de este último Distrito o mientras el Tribunal del mismo no decidiera sobre esa controversia anterior.

Insistió el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira en su punto de vista y remitió el negocio al respectivo Tribunal, entidad que, a su vez, se abstuvo de resolver por cuanto el Juez Superior de Manizales no se había pronunciado al respecto.

Con fecha 12 de mayo de este año, el Juez Primero Superior de Manizales descarta la comisión del delito de peculado; y sostiene que el hecho se contempla en el artículo 44 de la Ley 78 de 1935, por lo cual, tratándose de infracción de que deben conocer los Jueces del Circuito y nó los Superiores, se niega a recibir el negocio y ordena su remisión a la Corte para lo de su cargo.

Se considera:

El hecho materia de la investigación no parece entrañar el ilícito de peculado, por cuanto no se trata de dar a los caudales o efectos que administra el empleado público aplicación oficial di-

ferente de aquélla a que están destinados, de usar indebidamente de éllos, ni de su extravío o pérdida culposa. Tampoco aparece configurada la falsificación de estampillas, ni acto que pudiera decirse comprendido en los Capítulos del Código Penal que se refieren a los delitos contra la Administración o la fe públicas.

La infracción investigada está, en cambio, prevista en la Ley 78 de 1935, cuyo artículo 44 dice:

"Los que hicieren uso de estampillas reconstruidas o reparadas, a sabiendas de que lo son, sufrirán presidio por uno a dos años, y una multa igual al duplo del valor de las estampillas usadas"; y como su conocimiento no está atribuido a los Jueces Superiores, se infiere que la competencia corresponde a los de Circuito por virtud del artículo 47 —inciso 1º— del Código de Procedimiento Penal.

Resta examinar cuál es la autoridad competente por razón del territorio, pues el Juez de Circuito de Pereira afirma que, habiéndose efectuado la sustracción de las estampillas en la Contraloría de Caldas, el delito se cometió en la ciudad de Manizales, y son, por consiguiente, los Jueces de esta jurisdicción quienes deben conocer del negocio. No comparte la Corte esta apreciación, porque no es el lugar donde tales efectos se sustraen el que determina la competencia, sino el donde ellos se hacen circular; y como esto ocurrió en la población de Marsella, de la comprensión del Distrito Judicial de Pereira, la justicia penal de este Circuito es la llamada a avocar el conocimiento, al tenor de lo prescrito en el artículo 55 de la Obra citada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME esta colisión de competencias en el sentido de que es al Juez 1º Penal del Circuito de Pereira, y nó al Juez Primero Superior de Manizales, a quien corresponde conocer de este proceso.

Devuélvanse las diligencias al despacho de origen para los efectos legales pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EL JUEZ NO PUEDE CALIFICAR EL MERITO DE LAS PRUEBAS ANTES DE PRONUNCIAR EL FALLO DE FONDO, NI RECHAZAR POR LEGALMENTE INEFICACES UNAS CUYA PRACTICA HA SOLICITADO UNA DE LAS PARTES

Es doctrina científica, admitida en numerosas decisiones por las diversas Salas de la Corte, la de que la inconducencia de las pruebas se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido, y la ineficacia legal de ellas, a determinados hechos a los cuales la ley misma niega valor probatorio. Pero el juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensiblemente, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y cinco.

En el juicio del Instituto de Crédito Territorial contra el doctor Alvaro Andrade Montaño, este último recusó al señor Magistrado del Tribunal Superior de Cali doctor Manuel Jesús Lucio, con base en las causales 10, 13 y 15 del artículo 435 del Código Judicial. En el trámite del incidente, el señor Magistrado doctor Lucio no sólo rindió informe al respecto sino que inexplicablemente constituyó apoderado especial que lo representara en él.

Por auto de fecha 25 de septiembre de 1954, confirmado por el de 19 de noviembre del mismo año, el Tribunal negó la práctica de algunas pruebas pedidas por el doctor Andrade Montaño, estimándolas inconducentes. Concedida la apelación interpuesta, en la Corte se ha dado al recurso el trámite legal correspondiente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se expresa así para sustentar su concepto favorable a la revocatoria del auto apelado:

"La materia de impedimentos y recusaciones bien puede considerarse más de carácter moral que estrictamente legal. Por ello no entiende la Procuraduría por qué el señor Magistrado Manuel de Jesús Lucio insiste en seguir conociendo del negocio en el cual lo recusa el abogado Andrade. Y mucho menos podría aceptar que se le niegue al litigante el derecho de defensa. Es claro que el Tribunal tiene autonomía suficiente para calificar si las pruebas solicitadas son conducentes o no lo son; pero si no se decretaren de antemano están condenando al abogado recusador a las costas y sanciones correspondientes.

"Lo anterior, en cuanto a la actuación del señor Magistrado Ojano. Y respecto al doctor Lucio no cabe aceptar los términos que emplea en el informe visible a folios 5 a 8 del cuaderno principal: no es ese el lenguaje que debe emplear un Magistrado ni se compadece con la igualdad de las partes ante la ley, que ante la misma Corporación de la cual forma parte se constituya en litigante y designe apoderado que se enfrente al abogado que lo recusa.

"Estima la Procuraduría que debe dársele al doctor Andrade Montaño la mayor amplitud y libertad de actuación en el incidente referido, para que si sus cargos contra el Magistrado no tuvieran suficiente fundamento, pueda justificarse la sanción respectiva".

Se considera:

Conforme al artículo 596 del Código Judicial, "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes

y las legalmente ineficaces". Es doctrina científica, admitida en numerosas decisiones por las diversas Salas de esta Corporación, la de que la inconducencia de las pruebas se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido, y la ineficacia legal de ellas, a determinados hechos a los cuales la ley misma niega valor probatorio. Pero "el juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensibles, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes".

Aplicando este criterio se tiene:

El Tribunal prescindió de considerar en la providencia recurrida la pertinencia de las pruebas con las causales 10 y 13 del artículo 435 del C. J. que, junto con la de enemistad, fundaron el memorial de recusación. Y así, resulta que de las pruebas cuya práctica denegó el inferior, sólo tiene asidero legal la negativa referente a las solicitadas en los ordinales 5º y 8º del memorial suscrito por el Dr. Andrade Montaño. En efecto, es notoriamente inconducente, para los fines de la recusación, el contenido del discurso que pronunciara el ex-Magistrado doctor Gilberto Gómez Trujillo con motivo de la posesión del doctor Carlos Sardi Garcés. Además de que, como dice el Tribunal "tampoco podría ordenarse que el doctor Gómez Trujillo presentara copia de su discurso, pues él es extraño al incidente y no es parte en el negocio, y la solicitud sobre el particular sólo sería pertinente mediante una acción exhibitoria surtida y tramitada en las condiciones legales correspondientes (Artículos 298 y 300 C. J.)".

Por otra parte, la ética profesional veda a los abogados la publicidad o comunicación a extraños de los detalles o condiciones referentes al mandato que se les haya conferido, pues todo ello se encuentra protegido por la reserva profesional. De manera que estuvo bien denegada la prueba pedida por el recusante en el ordinal 8º de su memorial.

En mérito probatorio de las demás pruebas sólo corresponde apreciarlo cuando el juzgador de primera instancia pronuncie su fallo sobre los dos hechos que constituyan las causales de recusación, pero no ahora cuando apenas se decretan las pruebas.

Basta lo anterior para motivar la reforma de la providencia recurrida, como en efecto se reforma en los siguientes términos:

1º—Decrétase la práctica de las siguientes pruebas pedidas oportunamente por el señor Dr. Alvaro Andrade Montaño en su memorial de fecha 7 de septiembre de 1964, así:

a)—Líbrese despacho con los insertos del caso, al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali, para que envíe copia de la resolución a que se refiere el ordinal 1º del memorial de pruebas;

b)—Líbrese despacho con los insertos del caso, al señor Juez 2º Civil del Circuito de Palmira, para que envíe copia de los documentos indicados en el ordinal 2º del mismo memorial;

c)—Líbrese despacho con los insertos del caso, al señor Juez 1º Civil del Circuito de Palmira, para que se sirva enviar copia de los documentos señalados en el ord. 3º del mismo memorial;

d)—La Secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali expedirá copia del acta a que se refiere el ord. 5º del mismo memorial;

e)—Líbrese despacho, en los insertos del caso, al señor Juez 2º del Trabajo de Cali para que envíe copia de los documentos relacionados en el ordinal 6º del mismo memorial;

f)—Cítese a la señorita Ligia García para que rinda declaración al tenor del interrogatorio contenido en el punto 8º del mismo memorial.

2º—Se confirma en lo demás la providencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase.

Néstor Pineda. — Jorge García Merlano, Srio.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, son, en su orden:

1—Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata;

2—Título proveniente del Estado que acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

3—Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;

4—Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; y

5—Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo.

Por consiguiente, cuando no está legalmente demostrada en el juicio la propiedad actual del demandante sobre el inmueble en cuyo subsuelo se encuentra el petróleo objeto de la acción de dominio, no se requiere avanzar en el estudio de los otros presupuestos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Néstor Pineda)

I

En demanda presentada ante la Sala el 10 de noviembre de 1952 el apoderado del doctor Luis Ignacio Andrade y de la señora Felisa Manrique de Andrade pidió que mediante el trámite de un juicio ordinario y previa audiencia del Procurador de la Nación, en representación de ésta, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera Principal:

"Que el inmueble denominado "Ricaurte" situado en el Municipio de Baraya en el Departamento del Huila, salió del patrimonio del Estado junto con mayor extensión territorial, con anterioridad al 28 de octubre de 1873....."

La finca "Ricaurte" está formada por los globos de terreno denominados 'Ricaurte', 'Pichincha', 'El Líbano', 'El Cucharo', y 'La Victoria'.

Segunda petición, subsidiaria de la anterior:

"Que el inmueble denominado actualmente "Ricaurte", que está formado por los globos de terreno llamados 'Ricaurte', 'Pichincha', 'El Líbano', 'El Cucharo' y 'La Victoria',.....salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción por explotación económica de esas tierras".

Tercera petición:

"Que en consecuencia de las dos declaraciones judiciales anteriores, el subsuelo de los inmuebles determinados en las peticiones anteriores . . y en particular el petróleo y los demás hidrocarburos que en estos terrenos se hallen, son de propiedad exclusiva de mis mandantes doctor Luis Ignacio Andrade y Felisa Manrique de Andrade".

Cuarta petición:

"Que como consecuencia de las declaraciones iniciales anteriores, el inmueble llamado globalmente "Ricaurte", formado como ya se determinó, y dentro de sus linderos actuales, se excluye del proyecto de contrato de la propuesta Nº 541, formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Enrique Cortizzos, traspasada a la Compañía de Petróleos Ariporo S. A., y puede explorarse y explotarse como propiedad privada".

Quinta petición:

"Que en consecuencia, la Nación no puede contratar la exploración y explotación de petróleos

y demás hidrocarburos existentes en el inmueble denominado globalmente "Ricaurte", relacionado en la petición primera de esta demanda, y en las peticiones subsiguientes, sobre la base de ser ese inmueble baldío de propiedad nacional, y que por la misma razón, en el caso de que el Gobierno Nacional celebre contrato con fundamento en pertenecer a la Nación, extensiones de terreno que comprenden en todo o en parte las relacionadas y descritas tierras del inmueble referido, estas últimas tierras deben ser expresamente excluídas del contrato que se celebre con el proponente o con su cesionario".

Sexta petición:

"Que en el caso de que la Nación contrate en todo o en parte la exploración y explotación de petróleos y demás hidrocarburos que se hallen en el inmueble de "Ricaurte",..... deberá responder de todos los perjuicios que en ese contrato se causen a los ya nombrados propietarios".

Séptima petición:

"Que en este mismo evento la Nación deberá reembolsar a los propietarios Dr. Luis Ignacio Andrade y señora Felisa Maringue de Andrade, todos los dineros, con sus intereses —desde la contestación de esta demanda— que haya recibido por concepto de cánones superficiarios, regalías, impuestos o cualquiera otra causa".

Octava petición:

"Que son nulos y sin ningún valor el contrato o los contratos que se celebren con la Nación para la exploración y explotación del petróleo y demás hidrocarburos que existan en las tierras del inmueble denominado globalmente "Ricaurte",..... en cuanto toca con éste derecho de dominio privado, y debe ordenarse la cancelación de las inscripciones respectivas de ese contrato o contratos, en cuanto conciernen a este inmueble, en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados".

Novena petición:

"Que solamente mis mandantes doctor Luis Ignacio Andrade y señora Felisa Manrique de Andrade, pueden adelantar exploraciones con taladro y explotar petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el suelo y en el subsuelo del inmueble hoy conocido bajo el nombre de "Ricaurte".

Los hechos en que se funda esta demanda son:

"1º—El señor doctor Luis Ignacio Andrade y la señora Felisa Manrique de Andrade son actuales copropietarios y poseedores inscritos de un derecho de dominio, en comunidad sobre la totalidad del globo de terreno denominado hoy globalmente 'Ricaurte', 'Pichincha', 'El Líbano', 'El Cucharo' y 'La Victoria', derecho de dominio que les pertenece en las proporciones indicadas en los respectivos títulos escriturarios; y éste inmueble denominado hoy "Ricaurte", está comprendido dentro de los linderos de los títulos otorgados en la época colonial, títulos estos ya referidos en la petición primera principal de esta demanda, donde se consignaron las respectivas alinderaciones de esas titulaciones.

"2º—Los terrenos determinados y descritos en el hecho 1º inmediatamente anterior, fueron adjudicados en virtud de los títulos de dominio, expedidos con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que son los siguientes:

"a)—El título originario del Estado, o sea el remate verificado por la Junta Municipal de Temporalidades en la ciudad de Santa Fe el 16 de enero de 1776, remate adjudicado y aprobado a favor del señor Joaquín de Arce según decreto del 5 de febrero de 1776, referente dicho remate a la hacienda denominada **Villavieja**, la cual había pertenecido a la Compañía de Jesús, en virtud de la Real Cédula otorgada por la Corona de España a favor de los Padres Jesuitas en el año de 1631; esta titulación ampara, y comprende, en parte, la actual hacienda denominada "Ricaurte".

"b—El título de propiedad, cuya demarcación y linderos se hizo bajo el nombre de hacienda de Hatonuevo el 24 de abril de 1772, en la hacienda de Hatonuevo, por el Gobernador de Neiva Juez de la causa, con asistencia del Padre Capellán y del Procurador General, y cuya mensura se verificó en los días 27, 28 29 y 30 de abril del año de 1772, tierras que fueron rematadas en la ciudad de Santa Fe por la Junta de Temporalidades presidida por el Dr. Francisco Moreno y Escandón, Fiscal Protector General de Naturales, Juez comisionado por el Excelentísimo Señor Virrey, y demás miembros de dicha Junta de Temporalidades, según diligencia de remate, verificado el 16 de enero de 1776, y aprobado dicho remate por Decreto pronunciado en Santa Fe en 5 de febrero de 1776. Esta titulación

ampara y comprende, en parte, la actual hacienda denominada 'Ricaurte".

"3º—Una vez adjudicados, en virtud de los títulos relacionados en el hecho 2º inmediatamente anterior, los terrenos de la actual hacienda de "Ricaurte", comprendidos en los citados títulos, lo mismo que todas las extensiones territoriales comprendidas en los referidos títulos originarios del Estado, ya descritos, y dentro de los cuales se hallan comprendidos —repito— los terrenos actuales de la actual hacienda de "Ricaurte", todos esos terrenos fueron objeto de intensa explotación económica, como lo demuestran los documentos auténticos tomados del Archivo Histórico Nacional, en los cuales se relacionan las dotaciones de ganado, yeguas, caballos y demás bienes de campo, con los esclavos necesarios, casas, corrales, mangas, herramientas, relacionados en esos documentos, y cuyo avalúo allí obra:

"4º—Los terrenos que dentro de su alinderación indicada en la petición primera principal de esta demanda constituyen actualmente la hacienda denominada hoy "Ricaurte", de propiedad de mis mandantes, condueños de ella en las proporciones ya indicadas, están integralmente comprendidos dentro de los linderos de la porción territorial, que es objeto de la propuesta Nº 541 formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Enrique Cortizzos R., traspasada a la Compañía de Petróleos de Ariporo S. A.".

III

El negocio ha recibido ante la Corte el trámite correspondiente, por lo cual procede resolver lo que es legal mediante las siguientes consideraciones:

El apoderado de los actores no presentó alegato para sustentar la demanda. En cambio el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista fiscal de fecha 18 de febrero último considera que "los demandantes han demostrado ser los actuales propietarios inscritos del fundo "Ricaurte" constituído por las cinco fincas de que se ha hecho mérito y en las proporciones indicadas en las respectivas escrituras públicas que se acompañaron a la demanda".

Estudiando el título proveniente del Estado el señor Procurador echa menos el decreto de aprobación del remate de la hacienda Villavieja que hizo don Joaquín de Arce y dice: "Al no aparecer el decreto de aprobación del remate, es claro que no se puede afirmar que se ha aducido el título originario que demuestre que el terreno cuestionado salió legalmente del dominio del Estado. Tampoco podrá pretenderse que ese título lo constituye alguna de las diligencias de avalúo y demarcación de las haciendas de Villavieja, Caballeriza y Hato Nuevo que se acompañaron con la demanda porque, precisamente, tales diligencias se efectuaron con ocasión de haber ingresado nuevamente al patrimonio real en virtud de la Pragmática Sanción de Carlos III (febrero 27 de 1767) que expulsaba a los regulares de la Compañía de Jesús de sus dominios "de España e Indias, Islas Filipinas y demás adyacentes" y ordenaba la ocupación "de todas las temporalidades de la Compañía".

"Mas, aceptando, en gracia de discusión, que no lo acepto, que el remate de la hacienda de Villavieja realmente se hubiera aprobado y que tal hecho constara en el juicio —ya se ha visto que no consta— de todos modos existiría la objeción, imposible de salvar, de que ese remate no podría hacerse valer en esta controversia porque el predio de los demandantes no se encuentra ubicado dentro de los linderos de Villavieja, los cuales se prescindió de identificar a solicitud expresa de la parte demandante, tal vez porque sus esfuerzos debían dirigirse, como puede verse en el acta de la inspección ocular, a establecer que se hallaba situado en la comprensión de las antiguas haciendas de Caballeriza y Hato Nuevo.

"El señor apoderado de la parte demandante prescindió de identificar la hacienda de Villavieja, entre otras razones, porque se ignoraban su linderos y la inspección ocular se redujo entonces a establecer únicamente los de Caballeriza y Hato Nuevo. Para este efecto el personal inspector se situó en una eminencia conocida en la región con el nombre de "Mesa de Guarocó", "y desde allí se localizó sobre el terreno los linderos de la hacienda de Caballeriza, que en seguida se copian:....." Como puede comprenderse por este texto, el personal de la inspección se abstuvo de recorrer los linderos de Caballeriza conforme a la determinación efectuada en 1772, época en la cual sí se recorrieron y por cierto que se emplearon para ello siete días, como puede leerse en las actas levantadas al efecto.

"Esta forma de identificar un predio copiando los linderos, sin recorrerlos, ya ha sido rechazada por la H. Corte en diversas ocasiones y recientemente en un juicio de petróleos, ocasionados por esta misma propuesta Nº 541 de que trata el pleito que nos ocupa, al observar la Procuraduría que desde la Mesa de Guaracó, "a simple

ojo, sin reconocimiento físico" se determinaron los linderos de Caballeriza.

"Terminada la copia de los linderos de Caballeriza conforme a los documentos antiguos, y después de recorrer una parte del predio "Ricaurte" aparece en el acta de la inspección ocular lo siguiente:

"Como la hacienda actual de **Ricaurte** comprende el predio denominado "Pichincha" y éste se halla cobijado bajo la alinderación general de la antigua finca **de Hato Nuevo**, el representante de los demandantes, siguiendo instrucciones de éstos, prescinde de la determinación sobre el terreno del lote de "Pichincha" y de la antigua hacienda de Hato Nuevo dentro de la cual se encuentra.

"Así pues, no sólo dejó de identificarse la hacienda Villavieja, de cuyo remate por don Joaquín de Arce pretenden derivar el derecho al subsuelo los actuales propietarios de **Ricaurte**, se "localizaron" a simple ojo, desde la eminencia de Guarocó, los de Caballeriza, sin más esfuerzo físico que el que se requirió para copiarlos de los títulos antiguos y se prescindió de cualquier intento de determinación de la finca **de Hato Nuevo**, dentro de la cual se asevera que se encuentra el lote "Pichincha", sino que ni siquiera esta pequeña superficie, en comparación con las grandes extensiones de las antiguas haciendas de Villavieja, Caballeriza y Hato Nuevo, y aún de la moderna finca de "Emayá", de la cual se segregó, fue recorrida por el Tribunal comisionado y los peritos. Entonces, en estas condiciones, podría afirmarse razonadamente que se ha obtenido la prueba directa, plena e inequívoca sobre la identidad del terreno de que trata la demanda y de su ubicación dentro de los límites de alguna de las haciendas que pertenecieron a los Padres Jesuítas, rematadas por la Junta de Temporalidades y que se le superponga, en todo o en parte, el área de la propuesta de petróleos número 541.

"Sin embargo, los peritos, después de declarar que de la demarcación de Hato Nuevo "reconocimos e identificamos sobre el terreno únicamente el lindero Norte", sostienen en su dictamen que el predio "Pichincha" "Está comprendido dentro de la hacienda de Hato Nuevo". Creo que sobre cualquier comentario sobre la seriedad y valor legal de un dictamen técnico producido en esta forma".

III

Se procede a estudiar, en el orden correspondiente, los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos y que son:

1—Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata;

2—Título proveniente del Estado que acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

3—Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;

4—Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; y

5—Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo.

1)—**Propiedad actual.**

Como se ha visto, en la demanda se afirma que el globo general llamado 'Ricaurte', se compone de cinco lotes de terreno distinguidos con los nombres de 'Ricaurte', 'La Victoria', 'El Líbano' 'El Cucharo' y 'Pichincha', cuyos comprobantes de propiedad se estudian en seguida:

a) Finca "RICAURTE".

1—En la sucesión del señor Querubín Manrique, protocolizada por escritura Nº 435, otorgada en la Notaría Primera de Neiva el 20 de agosto de 1936, fue avaluada en diez mil pesos la finca "Ricaurte" y adjudicada en cuotas indivisas a Luis Ignacio Andrade, Felisa Manrique de Andrade, Mercedes Manrique, Laura Manrique, Cristina Manrique y Querubín Manrique (C. 1 f. 35).

2—Por escritura Nº 138, marzo 7, 1939, Notaría 1ª de Neiva, Querubín y Mercedes Manrique cedieron en permuta a los esposos Luis Ignacio Andrade y Felisa Manrique de Andrade, los derechos en la finca "Ricaurte", que les habían sido adjudicados conforme a la escritura Nº 435 citada en el punto anterior (C. 1. f. 41).

3—Por escritura Nº 2080, diciembre 19, 1939, Notaría 5ª de Bogotá, el doctor Andrade adquirió los derechos de las señoras Cristina Manrique y Laura Manrique en la misma finca "Ricaurte"

(C. 1. f. 44), quedando en esta forma en cabeza de los esposos Andrade-Manrique todos los derechos que el causante Querubín Manrique trasmitió. Este último había adquirido por división material del globo comunero llamado "El Volador", que se protocolizó por medio de la escritura Nº 778, octubre 22, 1897, Notaría de Neiva (C. 1. f. 49).

4—Con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva, fechado el 27 de septiembre de 1950 (C. 1. f. 32), se demuestra, además, la vigencia de los registros en favor de los esposos Andrade-Manrique.

b) Finca "LA VICTORIA".

1—Por escritura Nº 163, marzo 15, 1946, Notaría 2ª de Neiva, Germán Uribe vendió al doctor Luis Ignacio Andrade la finca "La Victoria" (C. 1. f. 54). Uribe había adquirido, con mayor extensión, por compra a Eduardo de León y Blanca María Londoño de León, Ana Gilma Londoño de Gooding y Rosa Elena Londoño, por escritura Nº 66, febrero 9, 1945, Notaría 2ª de Neiva (C. 1. f. 57).

2—Por escritura Nº 477, noviembre 21, 1938, Notaría 2ª de Neiva, se protocolizó el juicio de sucesión de Lisandro Vanegas, en cuya partición, aprobada por sentencia del Juzgado 2º del Circuito de Neiva el 27 de julio de 1932, se adjudicó la finca, en cuotas proindiviso, a Salvador Vanegas Ch., Gonzalo Vanegas, Blanca María, Ana Gilma y Rosa Elena Londoño Dussán. (C. 1. f. 63). Por escritura Nº 340, agosto 27, 1931, Notaría 2a. de Neiva, Salvador y Gonzalo Vanegas trasmitieron sus derechos a Blanca María, Ana Gilma y Rosa Elena Londoño Dussán, y Lucila Vanegas les trasmitió "los derechos herenciales que le pudieran corresponder en la sucesión de su padre Lisandro Vanegas en su calidad de hija legítima" (C. 1. f. 67).

3—Lisandro Vanegas había adquirido por compra a Manuel Rincón, según escritura Nº 56, enero 22, 1917, Notaría 1ª de Neiva (C. 1. f. 72).

4—El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva de fecha 28 de septiembre de 1950 (C. 1. f. 52), que comprende el período de la prescripción extraordinaria, da cuenta de la vigencia de los registros en favor del actor Luis Ignacio Andrade.

c) Finca "EL LIBANO".

1—Por escritura 614, septiembre 7, 1950, Notaría 1ª de Neiva, el doctor Andrade compró este inmueble al señor Alfonso Herrera, quien a su vez lo había adquirido por compra a Pedro Santos Gaitán según escritura Nº 683, de agosto 20, 1946, de la misma Notaría. (C. 1. fls. 20 y 26).

2—Pedro Santos había adquirido por compra a Gerarda Hernández, Sara y Olga Manrique, según escritura Nº 980, noviembre 17, 1942, Notaría 1ª de Neiva, ratificada por la Nº 744 del 18 de julio de 1946, de la misma Notaría (C. 1. folios 22 y 24).

3—No se trajo a los autos la escritura Nº 318, de julio 31, 1939, Notaría 2ª de Neiva, que —según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos (C. 1. f. 19)— contiene la protocolización del juicio sucesorio de Santiago Manrique; figura, en cambio, la escritura Nº 582, fecha noviembre 28, 1906, de la misma Notaría 2ª de Neiva (C. 1. f. 23), por la cual Santiago Manrique compró la finca "El Líbano" a Luis Arias.

Siendo deficiente la cadena de títulos desde 1942 hacia atrás, hasta completar el tiempo de la prescripción extraordinaria, la actual propiedad del doctor Andrade sobre este inmueble no queda legalmente demostrada, por lo cual —con respecto a dicho inmueble— no se requiere avanzar en el estudio de los otros presupuestos de la acción.

d) Finca "EL CUCHARO".

Lo mismo se puede decir y con más veras con respecto a este inmueble, pues tan sólo se trajeron al juicio dos escrituras: 1) la número 167, marzo 19, 1946, Notaría 1ª de Neiva (C. 1. f. 97), por la cual Laura Cecilia Villoria de Rojas Umaña y Guillermo Rojas Umaña vendieron a Luis Ignacio Andrade este inmueble, y 2) la número 1, otorgada el 3 de enero de 1944 en la Notaría 2ª de Neiva, protocolización de la sucesión de Alcides Villoria, en la cual se adjudicó a Laura Cecilia Villoria de Rojas, entre otros bienes, el lote denominado "Golconda", un derecho indiviso en "la labranza de cacao denominada "El Cuchara" y en la denominada "Los Naranjos" (C. 1. f. 103).

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva (f. 81. C. 1) no suple la falta de los títulos de 1944 hacia atrás hasta completar el período de la prescripción extraordinaria.

e) Finca "PICHINCHA".

Mucho más deficiente aún es la prueba del do-

minio con respecto a este inmueble, pues sólo figuran en el juicio dos escrituras desconectadas entre sí, a saber: 1) La Nº 543, de agosto 21, 1950, Notaría 2ª de Neiva (C. 1. f. 79), por medio de la cual el doctor Julio Manrique Santacoloma vende al doctor Andrade la mitad de la finca denominada "Pichincha", antes "Emayá", o sea "el dominio y la posesión material que se ejercita sobre el potrero denominado "Pichincha", por los linderos especiales allí indicados; y 2). La Nº 854, otorgada en la Notaría 2ª de Honda el 24 de diciembre de 1920 (C. 1. f. 161), mediante la cual la señora Diva Navarro de Navarro, con el consentimiento de su esposo Bernardo Navarro, vendió a las señoritas María Josefa Manrique y Leoncia Manrique, la finca compuesta de los potreros denominados "Pichincha" y "Emayá".

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva (C. 1. f. 85), no colma el vacío entre aquellos dos instrumentos, por lo cual tampoco queda demostrada la actual propiedad del doctor Andrade sobre este inmueble, con títulos y certificaciones que comprendan el período de la prescripción extraordinaria.

Por tanto, deben quedar excluídas del estudio subsiguiente las porciones denominadas 'El Líbano', 'El Cucharo' y 'Pichincha' que, según la demanda, hacen parte del globo general llamado "Ricaurte". Queda, pues, por estudiar lo referente a los lotes llamados 'Ricaurte' y 'La Victoria', para resolver si es del Estado o de propiedad de los actores el petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de estos dos inmuebles.

IV

TITULO PROVENIENTE DEL ESTADO. — DETERMINACION DE LOS BIENES. — SUPERPOSICION DE AREAS.

Al practicarse en la hacienda "Ricaurte" la inspección ocular decretada por la Corte, "el apoderado de la parte demandante manifestó que prescindía de la verificación sobre el terreno de los hechos a que se refiere el punto b) del despacho Nº 825", o sea, "la ubicación sobre el terreno de los linderos generales de la antigua hacienda de **Villavieja**, adjudicada al señor Joaquín de Arce, según remate verificado por la Junta Municipal de Temporalidades de la citada ciudad de Santa Fe el 16 de enero de 1776".

"En seguida —dice el acta— el personal de la diligencia procedió a trasladarse a la mesa de Guarocó, donde existe un mojón de piedras en la línea divisoria de las haciendas de 'Caballeriza' y 'Hato Nuevo', y desde allí localizó sobre el terreno los linderos de la hacienda de 'Caballeriza', que en seguida se copian....."

Continúa el acta: "precisada así la alinderación de la hacienda de 'Caballeriza', los señores peritos y el resto del personal de la diligencia, siguiendo la información rendida por los interesados, procedió a ubicar sobre el terreno los linderos actuales de la hacienda denominada hoy globalmente "Ricaurte", que son los siguientes:

.....

Prosigue el acta: "Como la hacienda actual de "Ricaurte" comprende el predio denominado 'Pichincha' y éste se había cobijado bajo la alinderación general de la antigua finca de 'Hato Nuevo', el representante de los demandantes, siguiendo instrucciones de éstos, prescinde de la determinación sobre el terreno del lote de 'Pichincha' y de la antigua hacienda de 'Hato Nuevo' dentro de la cual se encuentra. En la forma que se deja descrita quedan fijados sobre el terreno las alinderaciones de la antigua hacienda de 'Caballeriza' y de la actual hacienda de 'Ricaurte'. Para la verificación sobre el terreno de los linderos que se acaban de transcribir en relación con la actual hacienda de 'Ricaurte', el personal de la diligencia tuvo en cuenta las alinderaciones y especificaciones contenidas en los títulos relacionados con 'Ricaurte', 'El Cucharo', y 'La Victoria', que aparecen relacionados en la demanda y de cuya enumeración se prescinde por hallarse debidamente citados y especificados en la misma demanda."

El día siguiente, o sea, el 19 de agosto de 1953 el personal de la diligencia, asociado del señor Germán Uribe, conocedor de esas tierras "señaló con mayor precisión sobre el terreno la línea de 'Caballeriza' por el norte, fijando las corrientes de las quebradas que lo forman, el camino de la calle hasta donde la quebrada de los Córdobas desemboca en el río Guarocó".

Dictamen pericial

Los peritos doctores Norberto Díaz, Miguel M. Herrera Dussán y Jesús Antonio Plórez dictaminaron así:

"1—Dicen ellos que reconocieron e identificaron sobre el terreno únicamente el lindero norte de la hacienda de "Hato Nuevo" y señalan "que este lindero Norte coincide exactamente con el lindero Sur de "Caballeriza", lo que demuestra que las referidas haciendas limitan en esta par-

te". No reconocieron los demás linderos porque lo consideraron innecesario para el dictamen que se los solicitó:

Después de copiar los linderos actuales de la hacienda denominada hoy globalmente "Ricaurte" dicen los peritos que "recorridos estos linderos encontraron que delimitan, en un solo cuerpo, los predios denominados 'Ricaurte', 'Pichincha', 'El Líbano', 'El Cucharo' y 'La Victoria' los cuales están unos a continuación de otros y forman la hacienda denominada hoy 'Ricaurte'. Y que determinadas y ubicadas sobre el terreno las alinderaciones anteriores constataron:

1º—"Que la hacienda de "Ricaurte", exceptuando el predio llamado 'Pichincha', está comprendida dentro de la antigua hacienda "Caballeriza".

2º—"Que el predio denominado "Pichincha" está comprendido dentro de la hacienda de "Hato Nuevo", que está situada a continuación y al Norte de la hacienda de "Caballeriza".

3º—"Que la hacienda de "Ricaurte" de propiedad del Dr. Luis Ignacio Andrade y de la señora Felisa Manrique de Andrade evidentemente se halla dentro del área de la referida concesión petrolífera Nº 541".

Dentro del término del traslado, el señor Procurador Delegado en lo Civil pidió que los peritos explicaran "con base en qué consideraciones llegaron a la categórica conclusión 2ª anteriormente transcrita, si no fue localizado sobre el terreno el perímetro de la mencionada hacienda de 'Hato Nuevo', ni el de la finca 'Pichincha', según consta en el acta de la inspección ocular".

Los peritos respondieron al respecto:

"Sobre el terreno constatamos, sin lugar a dudas, que el lindero Sur de la antigua hacienda de Caballeriza, coincide completamente con el lindero Norte de la antigua hacienda de Hato Nuevo, es decir, que estas dos haciendas limitan en el sector comprendido desde las cabeceras de la quebrada Lemayá hasta la confluencia de la quebrada de Los Monigotes en el río Guarocó.

"Ahora bien, parte de los terrenos de la hacienda de Ricaurte y especialmente el predio denominado, 'Pichincha' que hace parte de dicha hacienda, está situado al Sur del lindero común de Caballeriza y Hato Nuevo, es decir, que el predio de Pichincha está fuera de Caballeriza y se interna en Hato Nuevo.

"Además afirmamos que el predio de Pichincha estaba totalmente dentro de la hacienda de Hato Nuevo, sin recorrer todo el perímetro de esta hacienda, porque lo consideramos innecesario. En efecto, la extensión del predio de Pichincha es muy pequeña en relación con la gran superficie que encierra la antigua hacienda de Hato Nuevo y esto se puede apreciar desde algunos sitios elevados del terreno, sin necesidad de efectuar el recorrido del perímetro, operación que alargaría inutilmente, en dos o tres días más, el tiempo de la diligencia. Finalmente, hacemos notar que los linderos occidental, sur y oriental de Hato Nuevo, están determinados por el río Guarocó, el río Villavieja y el filo de la loma o serranía alta del Callejón, respectivamente, es decir, dos cursos de agua importantes, perfectamente definidos y conocidos y una colina también inconfundible y que se divisa desde diferentes sitios de la región; por consiguiente es fácil determinar, sin recorrer estos linderos, qué predidos están comprendidos dentro de ellos y afirmar categóricamente que el potrero denominado Pichicha, es uno de tales predios".

Resulta de lo anterior:

a)—Que en la diligencia de inspección ocular se prescindió de la determinación de la hacienda Villa Vieja;

b)—Que desde la mesa de Guarocó, donde existe un mojón de piedras en la línea divisoria de las haciendas de Caballeriza y Hato Nuevo, fueron localizados los linderos de la hacienda "Caballeriza".

c)—Que el lote de terreno **Pichincha** no fue determinado sobre el terreno, como tampoco lo fue la hacienda Hato Nuevo dentro de la cual se encuentra.

d)—Que se determinó por sus linderos actuales la hacienda denominada hoy globalmente "Ricaurte";

e)—Que el lindero norte de la hacienda Hato Nuevo coincide exactamente con el lindero Sur de Caballeriza;

f)—Que con excepción del lote llamado Pichincha, la hacienda Ricaurte está comprendida dentro de "Caballeriza";

g)—Que el lote **Pichincha** se halla comprendido dentro de la hacienda de Hato Nuevo; y

h)—Que toda la hacienda "Ricaurte" está comprendida por los linderos de la propuesta Nº 541.

Se ha visto anteriormente que no está acreditada la actual propiedad de los actores en relación con el globo de terreno llamado Pichincha, que según la inspección ocular y el dictamen de los peritos es la única parte de la finca "Ricaurte" que se halla dentro de la antigua hacienda Hato Nuevo. De suerte que no se necesita estudiar, porque a nada conduce, lo referente a la

validez que tengan los documentos coloniales referentes a dicha hacienda de Hato Nuevo, traídos al juicio en oportunidad legal.

Tampoco se demostró la propiedad actual sobre los predios llamados 'El Líbano' y 'Cucharé', de manera pués que debe concretarse el estudio únicamente a los inmuebles llamados "Ricaurte" y "La Victoria", los cuales, conforme a la diligencia de inspección ocular y al dictamen de los peritos, hacen parte de la hacienda "Caballeriza".

Con respecto a esta finca, los únicos documentos en que se pretende hacer constatir el título proveniente del Estado están constituídos por las diligencias de demarcación y avalúo verificados el 7 y 23 de abril de 1772 por el "señor Gobernador, Juez de la causa, el reverendo padre capellán, el procurador General y demás nombrados", o sean los señores Joseph Antonio de Lago, Fr. Joseph Francisco Gómez Soriano, Adrián Perdomo, Gabriel Perdomo, Francisco Antonio Carrera y el Escribano Roque Arias de Prada.

Por otra parte, de las copias expedidas por el Notario 1º de Neiva el 12 de octubre de 1950 "tomadas de las copias que se encuentran en el Tomo de 1772 y que tiene por nota "posesión de Tierras de la Real Junta de Temporalidades", (C. 1. fs. 87 a 93) no se desprende que en el remate de 16 de enéro de 1776 verificado por don Joaquín de Arce, se halle comprendida la hacienda Caballeriza. Pero es que, además, en las copias traídas al juicio el remate carece de firma, lo mismo que el decreto que ordena "proceder a actuar el remate en el expresado don Joaquín de Arce". Tampoco figuran las fincas en el decreto fechado en Santa Fe el 5 de febrero de 1776 (F. 92v.) de cuyo contexto no puede deducirse ni siquiera el asunto de que trataba o cuál era su contenido.

En tales condiciones se llega ineludiblemente a la conclusión de que estos documentos no constituyen en manera alguna el título proveniente del Estado con fuerza legal suficiente para acreditar la enajenación por el Estado Español de la hacienda llamada **Caballeriza** de que forma parte, según el dictamen pericial, el predio llamado **Ricaurte**.

Por las mismas razones y por la adicional de que ninguna prueba se produjo al respecto, debe reconocerse que no hay materia sobre la cual recaiga un estudio de la Corte acerca de la justa prescripción por explotación económica alegada en la demanda como título de adquisición de "esas tierras".

En conclusión la demanda propuesta ante la Corte por el apoderado del doctor Andrade y de la señora Manrique de Andrade es infundada y por consiguiente debe absolverse a la Nación de todos los cargos contra ella formulados.

V

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de hacer, como en efecto no se hace, ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda propuesta contra la Nación por el doctor Luis Ignacio Andrade y la señora Felisa Manrique de Andrade.

Publíquese, notifíquese, cópiese y envíese el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis Enrique Cuervo.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—El Conjuez, **Blas Herrera Anzoátegui.—Jorge García Merlano**, Secretario.

EL INTERESADO EN UN JUICIO QUE LE CONCIERNE PUEDE PRESENTAR ESCRITOS, AUNQUE NO SEA ABOGADO INSCRITO, CON LA COOPERACION DE QUIEN LO ES Y DE QUE ASUME LA RESPONSIBILIDAD DEL ESCRITO

1—Nada se opone a que el escrito de un interesado, en el juicio que le concierne, lo pueda presentar, no siendo abogado inscrito, con la cooperación expresa de quien si lo es, y de que asume la responsabilidad del autor del propio escrito.

2—Las disposiciones tanto constitucionales como legales que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, representan uno de los varios casos en que el Estado interviene en el ejercicio de las actividades privadas por motivos de utilidad y seguridad públicas, las cuales quedan satisfechas, en lo tocante a la profesión de abogado, con el solo hecho de que uno que se halla inscrito ante el Tribunal intervenga por sí solo o conjuntamente con el interesado en las manifestaciones o exposiciones que se hagan ante el mismo Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y siete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

En uso de la representación conferida por el Dr. Jorge A. Ruiz Quijano, en su propio nombre y como apoderado especial del Departamento del Atlántico, el doctor Carlos Stacey Insignares presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla una solicitud, que acompañó de varios documentos, para que se decretase contra **Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.**, la exhibición parcial de "libros, cuadros de contabilidad y demás elementos necesarios a fin de constatar (sic), para los efectos de su respectiva liquidación, las cantidades de cerveza que no pagaron el correspondiente impuesto de consumo, a partir de 1931, hasta la fecha en que se procede a verificar dicha diligencia....."

Este pedimento fue admitido por el Tribunal en auto de 14 de septiembre de 1954, en el cual se ordena darle el trámite de una articulación.

De acuerdo con dicho procedimiento, el día 30 del mismo mes se hizo la correspondiente notificación personal al señor José Domingo Pumarejo, "en su condición de Segundo Suplente del Gerente de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., con la advertencia de que quedan los autos a su disposición, para sacarlos, al día siguiente hábil al de esta notificación, a efecto de que se surta el traslado que le viene ordenado.

El señor Pumarejo descorrió este traslado oportunamente, oponiéndose a las pretensiones del actor mediante la exposición de varios puntos de derecho, y se solicitó, además, reposición del auto admisorio de la demanda "con fundamento en los argumentos que expuse arriba, ya que fuera de juicio y en diligencias en que interviene un Departamento no es legal la solicitud que ahora se tramita".

Al final del mismo escrito de traslado, dice el señor Pumarejo:

"Esta petición es prohijada por el doctor Luis Eduardo Manotas, mayor de edad y vecino de esta ciudad, a quien confiero poder especial para seguir interviniendo en esta tramitación hasta el final, con facultad para sustituir" El doctor Manotas, en efecto, firmó el memorial conjuntamente con el señor Pumarejo, manifestando que acepta el poder.

En auto de 7 de octubre siguiente, el Tribunal dio curso a la reposición solicitada, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 488 del C. Judicial.

El apoderado del actor, en escrito referente al expresado recurso, entre otras peticiones formuló ésta: "Y que se pronuncie en el sentido de que no sea oído el querellante, señor José Domingo Pumarejo, en mérito a que no es abogado titulado, ni está inscrito."

Atento el Tribunal a esta petición, ordenó en auto de 18 del mismo octubre se rindiese informe sobre si el señor Pumarejo, "quien suscribe el memorial presentado el día dos de octubre del corriente año, aparece inscrito como abogado titulado."

Rendido el informe en sentido negativo, esto es, que en los libros sobre inscripción de abogados no figuraba el señor José Domingo Pumare-

jo, el Tribunal profirió con fecha 29 del citado mes el auto que aquí va a revisarse, en el cual resolvió no dar curso al referido memorial de traslado en los puntos referentes a la contestación de la demanda y a la interposición de recursos.

He aquí el principal fundamento de dicha providencia:

"Por consiguiente, es evidente que el escrito suscrito por don José Domingo Pumarejo, no se le puede dar curso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, puesto que en este caso no se trata de ninguna de las excepciones que contempla el citado estatuto. Es evidente que a esa conclusión hay que llegar a pesar de que el memorial suscrito por el señor Pumarejo, esté prohijado por un abogado titulado, puesto que la ley no autoriza en modo alguno ese procedimiento para darle curso a un acto de litigio de quien no es abogado inscrito. Los actos de litigio, salvo excepciones legales, deben ser patrocinados por abogado inscrito, y no prohijados, que es cosa enteramente distinta. Con esto se quiere significar que lo que la ley prescribe es que cuando el litigante no es abogado inscrito, debe otorgar poder a quien sí sea abogado inscrito, para que éste litigue en representación de su mandante.....".

"Constituyendo la acción exhibitoria una acción accesoria especial, es obvio que ella implica un debate contradictorio, vale decir, una acto litigioso. De lo que se sigue que contestar el traslado de la demanda exhibitoria, sólo puede hacerse, en este caso, por medio de abogado inscrito".

Contra esta decisión interpuso el doctor Manotas recurso de reposición y en subsidio el de apelación, que fundamentó en diferentes razonamientos, uno de los cuales es de este tenor:

"b)—El escrito presentado por el Sr. don José Domingo Pumarejo fue prohijado por mí, y por tanto, mi calidad de abogado inscrito no es objeto de discusión. Prohijar, según el diccionario de la Academia antes citado, significa **acoger como propias las opiniones o doctrinas ajenas.** Desde el momento en que yo prohijo el escrito aludido, estoy actuando como apoderado. Leyendo cuidadosamente la disposición de la Ley 69 de 1945, puede afirmarse enfáticamente que ella no prohibe el fenómeno contemplado en este caso ni podría hacerlo porque iría contra la misma ley que quiere la intervención de un abogado titulado e inscrito."

El Tribunal en auto de 3 de diciembre siguiente negó la reposición solicitada, y concedió en su lugar el recurso subsidiario de apelación para ante esta Sala de la Corte.

Estando cumplidos los trámites correspondientes, se pasa a resolver el recurso mediante las siguientes consideraciones:

El punto de doctrina que mayor atención merece para resolver sobre si debe mantenerse o revocarse el auto del Tribunal Superior de Barranquilla, es el que toca con la interpretación de la ley que reglamenta el ejercicio de la profesión de abogado, en desarrollo del artículo 40 de la Carta fundamental, frente al hecho de que una persona que no es abogado inscrito hubiera presentado al Tribunal la manifestación de fecha 1º de octubre de 1954 (fl. 30 del presente cuaderno), la cual fue prohijada por el Dr. Luis Eduardo Manotas que sí es abogado inscrito y que recibió poder especial para seguir interviniendo en representación de la parte que produjo aquel escrito.

Pues, mientras el abogado sostiene que es procedimiento está jurídicamente permitido, porque la ley no lo prohibe, el Tribunal sostiene que, si eso es verdad, no lo es menos que tampoco la ley lo autoriza y que, siendo "el procedimiento conjunto de ritualidades a que están sometidos el juez y las partes en el adelantamiento del proceso", la actividad de aquéllas así como la de los órganos establecidos por la ley para el reconocimiento judicial del derecho concreto, se encuentra sometida a determinadas condiciones formales que no pueden ser modificados ni por los jueces ni por las partes.

La dificultad se resuelve considerando a qué clase de normas pertenece la que regula las actividades del mandato judicial; porque si esas normas constituyen parte integrante del procedimiento, en realidad no estaría autorizada la forma que usaron la parte interesada y su abogado en la manifestación arriba citada.

Realmente están en juego dos principios reconocidos por la ley: a) el principio de libertad, válido cuando no existe una regla de orden público y b) el principio de restricción, que es ineludible cuando se tropieza con una norma de tal naturaleza. Esto aparece regulado, entre otras normas, por la del Art. 16 del Código Civil, según el cual los particulares no pueden modificar en sus convenios o actividades de orden privado aquellas leyes en cuya observación están interesados el orden público y las buenas costumbres. Y no es menos cierto el principio universal de que en cuestiones de derecho público los fun-

cionarios no pueden hacer ni dejar de hacer sino aquello para lo cual están autorizados por las leyes que señalan el ámbito de sus atribuciones; en tanto que los particulares, excepto cuando no se trate de las leyes a que se refiere el citado artículo 16 del Código Civil, pueden ejecutar todo cuanto la ley no haya prohibido.

Tratándose de las leyes concernientes a la sustanciación y tramitación y ritualidad de los juicios, así como de las que fijan la competencia de los jueces, no puede negarse que ellas son de orden público y estrictamente obligatorias para todo cuanto regulan, de tal suerte que ni los jueces ni los particulares pueden apartarse de sus disposiciones, buscar otros medios de los previstos por dichas leyes.

A esta clase de normas pertenecen indudablemente todas las disposiciones del Código de Procedimento Civil o sean las contenidas en la Ley 105 de 1931.

Se pregunta, si a esta misma clase de disposiciones, o sea, a las que conciernen a la sustanciación y ritualidad de los juicios, pertenecen las que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, o sea la prestación de los servicios propios del abogado para intervenir en cualquiera de los juicios civiles, según lo define el artículo 194 del citado Código.

La duda se desvanece leyendo el artículo 251 de la misma obra, a saber:

"La persona que por convenio se encarga de representar a otra en juicio, se llama apoderado judicial. Parágrafo. Todo lo dispuesto en este Capítulo se entiende sin perjuicio de las disposiciones legales que reglamentán la profesión de abogado." Lo primero que se deduce del artículo transcrito es que el ejercicio mismo de la profesión de abogado se regula por leyes especiales que no pertenecen "a la sutanciación ni ritualidad de los juicios."

Esto se demuestra porque de acuerdo con la Constitución existe la libertad para elegir las profesiones y carreras, al lado de ciertas restricciones que se consagran con el fin de proteger los intereses de terceros y de asegurar a la sociedad contra el peligro que entraña el ejercicio de una profesión sin la prueba de quien a ella se dedica, reune las condiciones morales e intelectuales de una preparación adecuada para la prestación de los servicios propios de la carrera respectiva. De ahí que el artículo 40 de la Constitución hubiera establecido la necesidad de que la representación de los intereses privados en los juicios solamente puedan llevarla los abogados inscritos.

Más ocurre anotar que la forma de esa representación no aparece regulada de manera distinta de como resulta de aplicar las normas sobre otorgamiento de poderes, consignadas en los artículos 255 y siguientes del Código Judicial, así como también de la de cumplir con el requisito de hallarse la persona que representa intereses particulares en juicio, inscrita en el respectivo Tribunal donde ha probado la calidad de abogado graduado o con autorización para ejercer la profesión.

Según esto nada se opone a que el escrito de un interesado, en el juicio que le concierne, lo pueda presentar, no siendo abogado inscrito, con la cooperación expresa de quien sí lo es, y de que asume la responsabilidad del autor del propio escrito.

Esto resulta del sistema consistente en firmar el abogado el escrito de la parte interesada y de manifestar que lo prohija.

Así no ve la Corte por qué hubiera de extremarse el rigor de la interpretación hasta descartar el procedimiento a que acudieron el señor José Domingo Pumarejo y el doctor Luis Eduardo Manotas y que rechazó el Tribunal aplicándole las normas sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, cuando en realidad no son las aplicables.

A esto puede agregarse que las disposiciones tanto constitucionales como legales que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, representan uno de los varios casos en que el Estado interviene en el ejercicio de las actividades privadas por motivos de utilidad y seguridad públicas, las cuales quedan satisfechas, en lo tocante a la profesión de abogado, con el solo hecho de que uno que se halla inscrito ante el Tribunal intervenga por sí solo o conjuntamente con el interesado en las manifestaciones o exposiciones que se hagan ante el mismo Tribunal.

Muy distinto sería si pudiera aceptarse el principio de que la ley que reglamenta la profesión de abogado pertenecierá a las leyes sobre procedimiento, es decir, como dice el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 "a la sustanciación y ritualidad de los juicios." Pero es manifiesto que tales leyes regulan la actividad del juez y de las partes, mientras que las leyes que reglamentan la profesión de abogado solamente se aplican a los abogados y a sus clientes. Estas son, de modo original, las disposiciones civiles o de derecho privado como lo confirma el artículo 2.144 del C.

Civil que dice que "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"; como quiera que el mandato es un contrato civil que liga exclusivamente a los interesados y no tiene ninguna significación para los efectos propios de los juicios. Es verdad que se exige tanto por la Constitución como por la ley, que el apoderado o mandatario judicial sea abogado inscrito, pero una vez satisfecho este requisito en cualquier forma, puesto que la ley no ha dicho expresamente que los interesados no pueden firmar conjuntamente con sus abogados los memoriales en los juicios, no hay por qué, se repite, extremar el rigor legal aplicando las disposiciones más allá de su propia esfera.

Lo expuesto convence de que no tiene razón la providencia reclamada y de que el punto debe resolverse de acuerdo con la tesis expuesta por el doctor Luis Eduardo Manotas en el escrito en que sustentó su recurso.

Por lo tanto, SE REVOCA el auto apelado de fecha 29 de octubre de 1954, para los efectos expresados en esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga. — **Jorge García Merlano,** Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

No puede aceptarse como título originario emanado del Estado que sirva para comprobar propiedad privada de un yacimiento petrolífero, un documento de la época colonial en que no conste o el cual no demuestre en forma alguna que las tierras a que se refiere fueron adjudicadas por merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, que fueron los medios establecidos por la Corona española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

La señora Lilia Manrique de Camejo, por medio de apoderado, demandó a la Nación por los trámites ordinarios, para que en sentencia de única instancia se declare por esta Corte:

"Que los globos de terreno denominados 'Montegrande', la posesión de campo de la hacienda 'Caballeriza', la manga de 'La Chamba', la mitad de un mangón de pastos naturales y rastrojos, denominado mangón de la casa, la mitad del globo de terreno denominado 'La Troja', inmuebles ubicados en jurisdicción del municipio de Baraya, y de los cuales mi mandante señora Lilia Manrique de Camejo, es dueña y poseedora inscrita de un derecho de dominio equivalente a las dos terceras partes de la mitad de todos y cada uno de estos globos de terreno, dentro de las alinderaciones que se señalarán más adelante, salieron del patrimonio del Estado, junto con mayor extensión territorial, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y en virtud de título originario del Estado, o sea el remate verificado por la Junta Municipal de Temporalidades en la ciudad de Santa Fe el 16 de enero de 1776, remate adjudicado y aprobado a favor del señor Joaquín de Arce, según decreto del 5 de febrero de 1776, y referente a la hacienda denominada Villavieja, hacienda que había salido del dominio del Estado al patrimonio de la Compañía de Jesús, en virtud de Real Cédula otorgada por la Corona de España a favor de la Comunidad de los Padres Jesuítas en el año de 1631".

Como petición subsidiaria de la anterior, se formula en el libelo la siguiente: "...que los inmuebles denominados 'Montegrande', la posesión de campo de la hacienda 'Caballeriza', la manga de 'La Chamba', el mangón denominado de la casa, y el mangón denominado 'La Troja', ubicados en el municipio de Baraya (Huila), dentro de los linderos actuales ya relacionados en la petición primera anterior, inmuebles de los cuales mi mandante la señora Lilia Manrique de Camejo, es dueña y poseedora inscrita de un derecho de dominio equivalente a las dos terceras partes de la mitad de todos y de cada uno de ellos, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de estas tierras".

Las siete súplicas restantes del libelo son consecuenciales de las que se acaban de reproducir, y versan sobre la pretendida pertenencia particular del subsuelo petrolífero —de acuerdo con la interpretación que de la demanda hizo la Sala en auto de 30 de diciembre de 1952— y consiguiente exclusión de ese subsuelo del área de la propuesta número 541 de la Compañía de Petróleos Ariporo, S. A.; sobre la nulidad de cualquier contrato que la Nación celebre relacionado con exploración y explotación de petróleo en los predios materia de la demanda; y sobre la obligación de la entidad demandada de reembolsarle a la demandante todos los "dineros con sus intereses, desde la contestación de esta demanda, y que haya recibido por concepto de los cánones superficiarios, regalías, impuestos, o cualquiera otra causa" con ocasión de cualquier contrato que la Nación celebre sobre esos terrenos, cuyos linderos se copian en la súplica novena.

Los hechos fundamentales se encuentran expuestos en estos textuales términos:

"1º—Mi mandante señora Lilia Manrique de Camejo es actual propietaria y poseedora inscrita de un derecho de dominio equivalente a las dos terceras partes de la mitad de los globos de terreno denominados 'Montegrande', la posesión de campo de la hacienda 'Caballeriza', la manga de 'La Chamba', el mangón denominado de la casa, y el mangón de-

nominado de 'La Troja', comprendidos estos globos de terreno en los títulos otorgados en la época colonial, ya referidos en la petición primera principal de esta demanda.

"2º—Los terrenos determinados en el hecho primero anterior, fueron adjudicados al otorgar los títulos de dominio de las haciendas 'Caballeriza' en los años de 1772, 1776 y 1785, con el lleno de todos los requisitos exigidos por la legislación vigente en aquellos tiempos, como se demuestra con los documentos tomados del Archivo Histórico Nacional, pertenecientes a los expedientes de estas antiguas adjudicaciones.

"3º—Los linderos señalados en los títulos realengos ya citados a la antigua hacienda de 'Caballeriza' según la revisión de esas tierras y la alinderación que se les señaló por el Gobernador-Juez de Neiva, el 7 de abril de 1772, son los siguientes:

'Desde la punta de la última loma o serranía del callejón que cae sobre el río Guarocó por éste abajo hasta una peña blanca donde se junta con la quebrada de la Nutria y de ésta mirando rectamente a buscar la cabecera de la quebrada de los Magues, siguiendo por ésta abajo hasta su desagüe en la de Tachuelar, y por ésta abajo hasta la cabecera del camino de la calle, siguiendo por éste, línea recta a buscar el nacimiento de la quebrada de los Córdobas que pasa por el pie del cerro alto en cuyo distrito se pusieron tres mojones; por dicha quebrada abajo hasta su desagüe en el río Guarocó, y por éste abajo hasta donde le entra la quebrada que llaman Monigotes, siguiendo por éste arriba hasta su nacimiento que es de la punta de la mesa de Guarocó, por todo el borde de dicha mesa hasta un mojón de piedras; y de éste, mirando línea recta, a un picacho alto a cuyo pie pasa la quebrada Lemayá; por ésta arriba hasta sus cabeceras en la serranía alta, siguiendo por todo el filo de la cuchilla de el callejón a buscar el río Guarocó del primer lindero'.

"4º—Una vez adjudicados, en virtud de los títulos realengos relacionados en el hecho tercero anterior, los terrenos de la hacienda 'Caballeriza' ya descritos, fueron objeto de intensa explotación económica, como lo demuestran los documentos auténticos, tomados del Archivo Histórico Nacional, en los cuales se relacionan las dotaciones de ganados, yeguas, caballos, y demás bienes de campo, con los esclavos necesarios, casas, corralejas, mangas, herramientas, relacionados con esos documentos y cuyo avalúo allí obra.

"5º—La propiedad actual de los inmuebles denominados 'Montegrande', la posesión de campo de la hacienda 'Caballeriza', la manga de 'La Chamba', el mangón denominado de la casa y el mangón denominado 'La Troja' derecho de dominio que en sus dos terceras partes de la mitad de todos y de cada uno de dichos inmuebles lo radican en el patrimonio de mi mandante señora Lilia Manrique de Cameio, con arreglo a las exigencias legales, el certificado de libertad de treinta años expedido, bajo el número 386 por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Neiva; y las siguientes escrituras públicas relacionadas en esa certificación: escritura número 884, Notaría 2ª de Neiva, de 12 de septiembre de 1951; escritura número 381, Notaría 2ª de Neiva de 16 de julio de 1929; escritura número 252, Notaría 2ª de Neiva de 2 de julio de 1906; escritura número 392, Notaría 2ª de Neiva de 5 de agosto de 1908; y la escritura número 433 Notaría 2ª de Neiva, de 13 de noviembre de 1930".

Como disposiciones adecuadas al derecho invocado en la demanda, se citan: Ley 37 de 1931, artículo 4º; ley 160 de 1936, artículos 5º, 7º y 10º; decreto extraordinario número 10 de 1950 y demás disposiciones concordantes de las leyes sobre petróleos y decretos reglamentarios; el Código de Indias en las partes referentes a tierras y las Cédulas Reales de la Corona española sobre la misma materia; la ley de 11 de octubre de 1821; la ley de 30 de marzo de 1843; la ley 70 de 1873; y el Código Fiscal de 1873 "en las partes en que regulan estas leyes la adquisición de tierras por merced, por cultivo o por el fenómeno jurídico de la justa prescripción". Finalmente se citan los artículos 669, 673 y 757 del Código Civil y sus concordantes del Código Judicial; y los artículos 28 y 29 de la ley 153 de 1887.

Admitida e interpretada la demanda, fue contestada oportunamente por el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien acepta, en primer término, que la acción ha sido ejercitada en tiempo hábil; rechaza luégo por inconducentes las súplicas 6ª y 7ª, y manifiesta, por lo demás, que se atiene a la eficacia de las pruebas que se trajeron con el libelo y de las que se produjesen dentro del juicio. El apoderado de la actora no alegó de conclusión y sí lo hizo el señor Procurador Delegado en lo Civil.

El juicio, así trabado, ha llegado a su culminación, y siendo la oportunidad de dictar la sentencia definitiva, a ello procede la Sala, previas las siguientes consideraciones:

DETERMINACION DE LOS LOTES Y DEL ANTIGUO HATO DE CABALLERIZA

Fue pedida oportunamente por el actor la práctica de una diligencia de inspección ocular sobre el

predio en litigio, que se llevó a efecto por el Tribunal Superior de Neiva, en virtud de comisión conferida por la Sala. De acuerdo con las dos actas en que consta el desarrollo de la inspección, en la que estuvieron presentes los representantes de las partes, fueron satisfactoriamente reconocidos los terrenos denominados "posesión de Caballeriza" en la cual se encuentra una casa de construcción antigua y reformada hoy en parte; el lote de "La Chamba", la manga de "La Troja", el lote llamado "Montegrande" y el mangón de la casa, de acuerdo con las alinderaciones correspondientes, que constan en las escrituras públicas números 433, de 13 de noviembre de 1930, 381 de 16 de julio de 1929 y 884 de 12 de septiembre de 1951, todas de la misma Notaría 2ª de Neiva.

De igual modo se recorrieron y comprobaron sobre el terreno los linderos señalados por el Gobernador de la Provincia de Neiva en el año de 1772, para deslindar el hato de la hacienda de Caballeriza, deduciéndose claramente de todas estas identificaciones que los cinco lotes mencionados se hallan comprendidos dentro de los terrenos que formaron el primitivo globo de Caballeriza. Y, por último, se pudo establecer con no menor evidencia que "los cinco uncierros que componen la finca de la señora Lilia Manrique de Camejo están ubicados dentro del área de la Propuesta 541, según el plano y la alinderación de la mencionada Resolución número 254".

Los dos peritos ingenieros que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, al referirse en su dictamen a la determinación de la antigua hacienda de Caballeriza, se expresan así:

"Se determinó el punto de partida o 'Serrania del Callejón': En las estribaciones del macizo de la cordillera que figura en los mapas oficiales con el nombre de 'Cerro de Tejado Alto', y que es conocido en la región con el nombre de 'Cerro de Miraflores'; por el pie de este cerro corre el río Guarocó, el cual tiene su nacimiento un poco más al Este de dicho cerro en la parte más alta del macizo de la cordillera.

"Se siguió el curso del río Guarocó aguas abajo hasta donde le entra, por la margen derecha, la conocida quebrada de 'La Nutria'; en este sitio, en la margen izquierda del río, hay una peña blanca que se destaca de manera inconfundible; actualmente conserva su nombre de 'Peña Blanca', nombre éste que según testigos, viene desde tiempo inmemorial y corresponde al punto que figura en los linderos de la titulación de 'Caballeriza'.

"De Peña Blanca se divisa claramente la depresión que forma el nacimiento de la quebrada de 'Los Maguës' en la mesa conocida hoy con el nombre de 'La Nutria', mesa que está situada a la margen derecha o sea al Norte del río Guarocó. La recta que une a Peña Blanca y el nacimiento de la quebrada de Los Maguées es muy fácil de determinar por la plena visibilidad que existe entre estos dos puntos, motivo por el cual hemos hemos identificado esta línea como el límite de la antigua hacienda de 'Caballeriza' en esta parte.

"Determinada la cabecera o nacimiento de Los Maguées en una de las depresiones del lado Norte de la mesa de La Nutria, se siguió aguas abajo por dicha quebrada hasta su confluencia en la quebraca del Tachuelar conocida ésta también con los nombres de *Palos Grandes* en su parte baja y *mano de León* en la parte alta; siguiendo la quebrada del Tachuelar aguas abajo hasta un punto que sirve de límite entre la antigua hacienda de 'Caballeriza' y la hacienda de 'Los Reyes'; ésta al Norte de la hacienda de 'Caballeriza'; este punto es fácilmente determinable por presentar vestigios de un antiguo camino que salía de allí hasta el extremo Norte del 'Cerro Alto', este camino se identificó como el 'Camino de la Calle' que figura en el título antiguo como lindero de la hacienda 'Caballeriza', por este Camino de la Calle se siguió en línea recta hasta el pie del 'Cerro Alto', conocido con este nombre en toda la región y que figura en los planos de la propuesta número 541 como 'Monte Rojo'.

"Al pie del 'Cerro Alto' y casi en el extremo de la recta 'Camino de la Calle' nace una quebrada, que según los moradores de la región, se llama de 'Los Córdobas', lo cual coincide con la descripción de la titulación que estamos identificando en el terreno.

"Por la quebrada de Los Córdobas se siguió aguas abajo hasta su desembocadura en el río Guarocó; por el río Guarocó aguas abajo hasta donde le entra la quebrada de Monigotes, por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento en el extremo Oeste de la mesa de Guarocó, los cursos de estas quebradas y río Guarocó, son inconfundibles y conservan sus nombres tradicionales; luego no hay lugar a dudas sobre su identificación como linderos de la antigua hacienda 'Caballeriza'.

"Se tomó como lindero a partir del extremo Oeste de la Mesa de Guarocó, donde nace la ya mencionada quebrada de Monigotes, el borde Norte de dicha meseta, que conserva una cerca de piedras al parecer muy antigua, hasta llegar a un sitio donde se identificó como 'Mojón de la titulación' un cuadrilátero de más o menos un metro cuadrado formado por cercas de piedra de muy antigua construcción. Este cuadrilátero fue el señalado por los

testigos como el mojón que la titulación de la antigua hacienda de 'Caballeriza' menciona como existente en la mesa de Guarocó. Este punto o mojón queda situado en el extremo oeste de la referida mesa, donde se inicia la mesa de La Soledad.

"Desde este punto o mojón se identificó un cerro o picacho situado a más o menos 10.000 metros, al Nor-Este, por cuyo pie pasa la quebrada de 'Emayá' o 'Lemayá' y que según los testigos corresponde al 'Picacho Alto' de que trata la titulación antigua. La recta que une el sitio del mojón con el 'Picacho Alto' es perfectamente determinable por la visibilidad que existe entre estos dos puntos y la zona intermedia.

"La quebrada del 'Emayá' o 'Lemayá', tiene su nacimiento en la falda Oeste de la serranía y su curso es perfectamente definido, y no hay lugar a duda al tomar el curso de la quebrada comprendida entre 'Picacho Alto' y su nacimiento en la parte alta del macizo, como el lindero de la antigua hacienda 'Caballeriza'.

"Del nacimiento de esta quebrada se tomó como lindero la parte más alta de la serranía en dirección Norte, a dar con el filo de la 'Serranía del Callejón' y por esta serranía del Callejón se siguió hasta dar con el río Guarocó punto de partida de la alinderación.

"Estos linderos como se dijo al principio, son inconfundibles y los hemos tomado y aceptado como linderos de la antigua hacienda de 'Caballeriza', por sus características de líneas y puntos inalterables y que han conservado sus nombres a través (sic) de los años, como si puede constatar (sic) en los mapas oficiales".

EL TITULO ORIGINARIO

Pretende el actor que de acuerdo con el texto de la súplica principal de la demanda, los terrenos denominados "posesión de Caballeriza", manga de "La Chamba", el "mangón de la casa" y el lote de "La Troja", salieron legalmente del patrimonio del Estado dentro de un globo de tierra de mayor extensión, "en virtud del título originario del Estado, o sea el remate verificado en Santa Fe el 16 de enero de 1776, remate adjudicado y aprobado a favor del señor Joaquín de Arce...".

Pero resulta que la prueba de la existencia del título así invocado no fue aducido al proceso. Al folio 25 del cuaderno número 1, se encuentran las copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional, que se refieren a la "DEMARCACION Y LINDEROS" de la hacienda de Caballeriza, actuación llevada a cabo en el mes de abril de 1772 por el Gobernador de la Provincia de Neiva, don Joseph Antonio de Lago. Consta en dicha copia que una vez concluido el trabajo de deslinde de las tierras señaladas para formar la expresada hacienda de Caballeriza, se hizo medida de ellas, dando por resultado una superficie de 14 estancias y media, doce y media cabuyas de tierra, que se avaluaron en la cantidad de "un mil ciento ochenta y dos pesos un real veinte y seis maravedis y cuatro novenos de otro". Luégo se "adjudicó al globo de terreno así determinado, un número determinado de reses vacunas de cría, yeguas, caballos, asnos, esclavos, herramientas y una casa de habitación".

En el documento analizado se expresa que la copia fue tomada de "su original que se halla a los folios 37 recto a 50 vuelto del Tomo Trece de Temporalidades...".

Nada se expresa en las copias en referencia, respecto al remate y adjudicación a favor de don Joaquín de Arce, a que alude el aparte de la súplica primera del libelo de demanda, ya transcrito.

La prueba de que se trata, por lo visto, tan sólo sirve para determinar el globo de tierra denominado "Caballeriza", de acuerdo con la demarcación que se le dio por el gobierno colonial en el año de 1772. De ningún modo demuestra que esas tierras fueron adjudicadas por merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, que fueron los medios establecidos por la Corona española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos.

Pero ni siquiera es uno de aquellos documentos públicos de origen oficial a que se refiere el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 (inciso a), que sea parte a acreditar la existencia del título originario que se echa a menos.

En tales condiciones, debe denegarse la declaración sobre dominio privado del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de los predios a que se ha hecho referencia, con fundamento en la existencia de un título originario del Estado, anterior al año de 1873. Ese título no se trajo al proceso, ni tampoco existe documento fehaciente de que aquel título hubiese sido expedido.

LA JUSTA PRESCRIPCION

Tampoco prospera la declaración básica del dominio particular del subsuelo petrolífero con apoyo en el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva, llamado más propiamente "de la justa prescripción", en virtud de la explotación económica de tiempo inmemorial de la tierra, por las siguientes razones:

Primera—En la inspección ocular se omitió tomar nota de los hechos que pudieran servir para establecer que los predios objeto de la demanda han sido objeto de explotación económica, tales como cría de ganados o cultivos agrícolas, desde tiempos remotos, a excepción de una leve referencia que en las actas se hace de la existencia, dentro del lote llamado "posesión de Caballeriza" de una "casa de construcción antigua y reformada hoy en parte...", observación aislada de cualquiera otra, relativa a esa lejana explotación económica.

Segunda.—Es verdad que de acuerdo con lo que expresan las copias expedidas por el Archivo Nacional, en el año de 1772 se "adjudicó" al Hato de Caballeriza un número considerable de ganados, varios esclavos, casa de habitación y herramientas propias para la agricultura y la ganadería. Mas ese hecho queda desvinculado de toda otra demostración adecuada y técnica, de que a partir de ese año se hubiese continuado en forma ininterrumpida en la explotación del referido Hato hasta la época presente.

Tercera.—Evidentemente, a este proceso sólo se han traído los instrumentos públicos que se relacionan en forma inmediata con la transmisión de la propiedad de los lotes a que se contrae la demanda a favor de la actora, señora Lilia Manrique de Camejo, como son el testamento otorgado por María Josefa Manrique II. en el año de 1929 (escritura número 381 de 16 de julio de 1929 de la Notaría 2ª de Neiva); la causa mortuoria de la testadora (escritura número 433 de 13 de noviembre de 1930 de la misma Notaría), bijuela de Leoncia Manrique; y la escritura número 884 de la misma Notaría, de 12 de septiembre de 1951, de venta de Narcisa Manrique de Gaviria a la demandante, de derechos en el potrero de Montegrande, La Chamba, mangón de Caballeriza y labranza de cacao de La Troja. Y el correspondiente certificado de libertad y propiedad actual de las fincas relacionadas en la demanda, a favor de la actora, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Neiva, bajo el número 388, de 5 de noviembre de 1952, con fundamento en las transferencias anteriormente citadas.

A través de lo que expresan las escrituras públicas mencionadas, no es dable investigar el hecho de la explotación económica —inmemorial e ininterrumpida— anterior al año de 1873 en relación con los predios de la demanda. Pero tampoco se trajo a los autos otra clase de pruebas que fueran aceptables en demostración del constante beneficio de dichos terrenos por particulares.

Consecuente con lo que queda expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

Deniégase las peticiones de la demanda ordinaria de la señora Lilia Manrique de Camejo, que son materia de esta sentencia, y, en consecuencia, se ABSUELVE a la Nación demandada de todos los cargos contra ella formulados en el libelo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Enrique Cuervo Arango — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — El Conjuez, Jesús María Arias. — Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO CUANDO EL TITULO EMANADO DEL ESTADO CONSISTE EN UNA VENTA EN PUBLICA SUBASTA DE BIENES DE TEMPORALIDADES| — LA JUSTA PRESCRIPCION COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO DE LAS TIE RRAS EN LA EPOCA COLONIAL.

La Corte ha conocido de numerosos negocios sobre dominio del subsuelo petrolífero en que el opositor o demandante o el avistante en su caso, ha alegado como título emanado del Estado, la venta en pública subasta de bienes raíces que fueron de temporalidades, esto es, que pertenecieron a la comunidad religiosa de la Compañía de Jesús al momento de su expatriación bajo el reinado de Carlos III.

De los distintos casos estudiados por la Corte, se pueden deducir estos principios:

1.—Las tierras sometidas al régimen de temporalidades eran objeto, por regla general, de una previa división material; se hacía un inventario y avalúo de todos los bienes, tierras, ganados, esclavos, herramientas. Se abría la correspondiente licitación con la fijación del edicto y la verificación de los pregones en lugares de concurrencia del público. Cumplidas estas formalidades se efectuaba el remate y la adjudicación en el mejor postor.

2.—Si la venta se hacía por las Juntas Municipales de Temporalidades, los expedientes respectivos se enviaban a la Junta Provincial de Santa Fe de Bogotá, su confirmación.

3.—Una vez impartida ésta, y cumplidos por el rematante todos los requisitos y "capitulaciones" del remate, se procedía a extender la escritura pública de traspaso de la propiedad.

No era, pues, el acta de remate el verdadero título de la enajenación de bienes raíces hecha bajo el régimen de Temporalidades, sino un principio de él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Roberto Goenaga)

El doctor Alberto Hernández Mora, obrando en su carácter de curador ad-litem de los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, representación que le fue reconocida por esta Sala mediante las providencias fechadas el 4 y 8 de noviembre de 1952 (folios 13 y 14 v. del C. Nº 2), formuló demanda ordinaria contra la Nación Colombiana, para que, en fallo de única instancia, y previos los trámites del juicio ordinario, la Corte haga estas declaraciones:

"PRIMERA.—Que son de propiedad particular de mis pupilos los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, en la proporción establecida por sus respectivos derechos, conforme a las hijuelas que presento, el petróleo crudo y las mezclas naturales de hidrocarburos cualquiera que sea su estado físico, que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él, inclusive el helio y otros gases raros, que se encuentran o pueden encontrarse en el globo de terreno denominado Manila, ubicado en el Municipio de Baraya, del Departamento del Huila, y formado por los lotes de terreno que a continuación se describen....."

"Dichos lotes de terreno son los conocidos con los nombres de 'El Fuerte', 'El Salado', 'Labranza de Manila', 'El Vesal', el potrero de El Emaya, un lote de 1 hectárea 8.820 metros cuadrados, los potreros Los Naranjuelos, La Cruta, Las Mangas de El Espejo, Cabanillas, Manila y El Burro, el potrero de El Chircal, la manga de Troya, los potreros El Goloso, El Capote y El Higuerón, y un lote de una hectárea de extensión llamado de la Casa, inmuebles todos que aparecen alindados separadamente en esta primera súplica.

"SEGUNDA.—Que en consecuencia, el Gobierno Nacional no puede aceptar propuesta alguna de contrato, o contratar la exploración y explotación del petróleo y de los hidrocarburos y derivados de aquél, que se encuentre o pueda encontrarse dentro de los lotes de terreno antes alindados, y por tanto el Gobierno Nacional debe excluir de la propuesta Nº 541 y del contrato que llegue a celebrarse con la Compañía de Pe-

tróleos Ariporo, actual titular de dicha propuesta o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo de la finca Manila compuesta por los lotes ya descritos."

En los hechos que sustenta la demanda, desde el 1º hasta el 12, se hace una relación de las distintas transmisiones del dominio de los inmuebles que integran la hacienda de Manila, hasta recaer en el patrimonio de los menores Borrero Brunner, siendo el documento más antiguo el de fecha 9 de septiembre de 1785, relacionado en el hecho Nº 12.

En el hecho Nº 13 se expresa que "Joaquín de Arce adquirió por remate la finca o hacienda de Villavieja, de la Junta de Temporalidades, encargada de administrar a nombre del Estado Español, las fincas de los Jesuítas expatriados, según aparece de la diligencia de remate de abril de 1772, protocolizada en la Notaría Primera de Neiva....."

Y en los hechos 14 a 39 se hace una relación más amplia de las transferencias corridas entre particulares de las tierras que forman hoy la mencionada hacienda de Manila, la cual, según se expresa en el hecho 40, hizo parte de la finca Villavieja, "según los linderos que se transcriben en el hecho 37". Este hecho es del siguiente tenor:

"Como se dice en los hechos 13 y 19 de esta demanda, la Real Junta de Temporalidades, a nombre de la Corona Española, como administradora de los bienes expropiados por el Rey a los Jesuítas, remató a favor de don Joaquín de Arce, el 16 de enero de 1776, la finca o hacienda nombrada Villavieja por los linderos siguientes: "Desde la punta de la última loma, o serranía del Callejón que cae sobre el río Guarocó, por éste abajo hasta una peña blanca donde se junta con la quebrada de la Nutria, y de ésta mirando rectamente a buscar la cabecera de la quebrada de los Maguées, siguiendo por ésta abajo hasta su desagüe en la del Tachuelar, y por ésta abajo hasta la derecera del camino de los Córdobas que pasa por el pié del Cerro Alto, en cuyo distrito se pusieron 3 mojones, por dicha quebrada abajo hasta su desagüe en el río Guarocó, y por éste abajo hasta donde le entra la quebrada que llaman de Monigotes, siguiendo por esta arriba hasta su nacimiento, que es de la Punta de la Mesa de Guarocó, por todo el borde de dicha Mesa hasta donde está un mojón de piedras, y de éste mirando línea recta a un picacho alto a cuyo pié pasa la quebrada de Lemayá, por ésta arriba hasta sus cabeceras en la Serranía Alta, siguiendo por todo el filo de la cuchilla del callejón a buscar el río de Guarocó del primer lindero."

Los hechos restantes dicen textualmente:

"41.—Como el remate relacionado en el punto 37 se hizo con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y por autoridad competente, el suelo y el subsuelo de la finca Villavieja y por ende de los lotes el Yesal y Manila y demás que forman la finca de mis pupilos es de propiedad particular desde la fecha del remate.

"42.—Como se desprende también de los documentos enumerados en los hechos primero a 39 de esta demanda, sobre las tierras objeto de ésta, se ha ejercitado una explotación económica desde tiempo inmemorial, que dá lugar a una justa prescripción conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la República.

"43.—Es especialmente importante sobre la explotación económica, la copia expedida por la Notaría 1ª de Neiva de las diligencias de posesión y remate de las tierras, de las cuales hizo parte la finca de Manila, donde aparece en una relación pormenorizada y un avalúo de los ganados, yegua, caballos, esclavos, corrales, mangas y herramientas y casas, todo lo cual fue avaluado en seis mil setecientos ochenta y ocho pesos, un real, veintiseis maravedises, suma muy grande en 1772 y que comprueba la intensiva explotación agrícola y ganadera que desde entonces tuvo el fundo, así con la escritura enumerada en el hecho 39 de esta demanda.

"44.—Existe una cadena de títulos casi ininterrumpida en un lapso de 180 años, diligencias de deslinde, demarcación y amojonamiento, avalúos y remate, entrega y posesión que comprueban la propiedad del suelo y subsuelo de la finca.

"45.—Por medio de Resolución número 254 de 28 de marzo de 1950, cuyo extracto se publicó en el Diario Oficial Nº 27.340 de 19 de junio de 1950 el Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta número 541 presentada por el señor Enrique Cortizzos, para la exploración y explotación de un lote de terreno ubicado en jurisdicción de los municipios de Neiva, Tello, Villavieja y Baraya.

"46.—De acuerdo con los linderos que aparecen en el extracto de la publicación citada, el lote objeto de la propuesta del señor Cortizzos se superpone sobre la finca de Manila de propiedad, en su suelo y subsuelo de mis representados.

"47.—Por medio de la Resolución Nº 24 de 19 de abril de 1951 publicada en el Diario Oficial Nº 27.870 de 4 de agosto de 1951, el Ministerio

de Fomento aceptó el traspaso de la propuesta Nº 54; hecho por el señor E. Cortizos a la Compañía de Petróleos del Aripero.

"48.—Se está dentro del plazo legal para iniciar esta acción ordinaria, porque de acuerdo con el certificado del Ministerio de Minas y Petróleos que se acompaña, el plazo para hacer oposición venció el 10 de noviembre de 1950".

Las disposiciones legales en que se apoya el actor, son las siguientes: Art. 4º de la Ley 37 de 1931; Art. 10 de la Ley 160 de 1936; el Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950; las leyes de 6 de agosto y de 13 de octubre de 1821, la de 4 de junio de 1866 y las Constituciones de 1858 y 1886.

La demanda vino acompañada de las escrituras citadas en los hechos referentes a los transmisiones del dominio de la hacienda de Manila, excepción hecha de la marcada con el Nº 1177 de 20 de octubre de 1883 (venta de Juan Nepomuceno Duque a Agustín Duque). También trajo el actor un plano o mapa aero-fotográfico de la región en que se halla ubicada la hacienda de Manila.

Por auto de 25 de noviembre de 1952 se admitió la demanda y se dispuso dar de ella traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó en la forma siguiente:

"No me consta el (hecho) distinguido con el número 46. Debe, por tanto, probarse.

"Son ciertos los marcados con los números 45 y 47.

"En cuanto a los restantes, me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo y de las que en el juicio produzcan los actores.

"Respecto de las declaraciones suplicadas, manifiesto que me acojo a lo que resulte probado en el juicio. Por lo pronto niego el derecho que invoca."

Durante el término probatorio, la parte actora, además de haber hecho traer otros títulos traslaticios posteriores al remate de 1776, y copias relativas a éste, expedidas por el Jefe del Archivo Nacional, solicitó y obtuvo la práctica de una diligencia de inspección ocular en los terrenos de la litis, diligencia que llevó a efecto el Tribunal Superior de Neiva.

Determinación de los terrenos.

Como es de rigor en el estudio de las controversias sobre propiedad particular del subsuelo petrolífero, la Sala entra a examinar la prueba de la inspección ocular a que acaba de referirse, pues de ella ha de deducirse si en el juicio aparece claramente demostrada la determinación del inmueble a que se contraen las súplicas de la demanda.

En la solicitud respectiva, el actor indicó la forma como debía practicarse la inspección ocular, diciendo en lo pertinente:

"Que con intervención de peritos se practique una inspección ocular sobre los terrenos materia del presente juicio, tal como aparecen enumerados y alindados en la petición primera de la demanda; en los que fueron rematados por don Joaquín de Arce en 1766 (sic) por los linderos que figuran en el documento mencionado en el hecho 37 de la demanda y que en dicho hecho se transcriben; y en el globo o lote objeto de la propuesta 541, según los linderos que figuran en el Diario Oficial número 27.340.....con el fin de que se establezcan los puntos siguientes:

"A) Que los linderos de la finca o hacienda rematada en el año de 1766 (sic), que figuran en el hecho 37 de la demanda y se hallan insertos en la escritura relacionada en dicho hecho número 37 y que se presentó con la demanda, son determinables sobre el terreno y en consecuencia sean localizados.

"B) Que la finca de Manila, ubicada en el Municipio de Baraya, formada por los lotes que aparecen nombrados y alindados en el hecho primero de la demanda, se halla íntegramente comprendida dentro de los linderos de los terrenos, o finca, que fueron rematados por el señor De Arce en 1766 (sic), y

"C) Que la finca "Manila" determinada como se dice en el punto B) se halla comprendida dentro de los linderos del globo objeto de la propuesta número 541... y se halla explotada económicamente con ganados y cultivos."

No pidió, pues, el actor, que se hiciese la determinación del globo general de la hacienda de Villavieja, de la cual hacía parte el hato de Caballeriza, que es el alindado en el hecho 37 de la demanda.

La inspección ocular, por tanto, se concretó al recorrido de los linderos del hato de Caballeriza, uno de los 16 hatos en que fue dividida la gran hacienda de Villavieja en el año de 1772, según habrá de verse más adelante.

Y no podía ser de otra manera, porque, como muy bien lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el juicio no consta la alinderación de aquella vasta propiedad, ocupada por el Gobierno de la Corona a los Padres Jesuitas con motivo de su expulsión de estos territorios.

Lo que sí se establece de las copias expedidas

por la Notaría 1ª de Neiva y por el Jefe del Archivo Nacional, de que adelante se hará pormenorizada relación, es que la Junta General de Temporalidades ordenó en 1772 la "división, mensura y avalúo de las haciendas nombradas de Villavieja", con el fin, según parece, de facilitar el remate a que debía someterse aquel extenso fundo.

Comisionado para llevar a cabo aquellas diligencias el Gobernador de la Provincia de Neiva, don Joseph Antonio de Lagos, dividió aquellas tierras en diez y seis hatos o hacienda, a las cuales designó con los nombres de Villavieja, Bogotá, Salsipuedes, Pital, Caballeriza, Reyes, Hato Nuevo, Ahorcado, Mana de Guácimo, Arrieros, Boquerón, Manguita, San Nicolás, Bateas, Potrero y San Ignacio. Cada una de estas porciones fue deslindada, mensurada y avaluada, y a cada cual se "adjudicó" un número determinado de ganados, esclavos, casas, herramientas, etc.

En tales condiciones fueron pregonadas en el mes de junio del citado año de 1772 en la ciudad de Neiva.

El decreto de adjudicación a favor de don Joaquín de Arce, que puso término a las largas diligencias del remate de que se viene hablando, iniciadas en 1772 y concluídas en 1776, se refiere a "la hacienda de Villavieja", entendiéndose por tal el "número, cantidad y especie de bienes que constaban de los inventarios, y avalúos de la citada hacienda" (Fol. 175 del C. Nº 1).

Uno de los hatos que se formaron de aquella división hecha por el Gobernador de la Provincia de Neiva, fue, como ya se vió, el nombrado "Caballeriza", cuya superficie —según aquella misma mensura— fue de 14 estancias y media, 12 y media cabuyas "de tierra de ganado mayor." Este fundo fue dotado de 1.060 reses, 117 yeguas, 30 caballos mansos, etc. Los linderos son los que indica el actor en el hecho 37 del libelo de demanda, de que ya se hizo transcripción.

La determinación tanto de los terrenos de la antigua hacienda o hato de Caballeriza, como de la actual finca de Manila, es, a juicio de la Sala, plenamente satisfactoria. La Procuraduría Delegada llega a la misma conclusión en el alegato final. Efectivamente, todos los linderos fijados para deslindar el hato de Caballeriza en 1772, en su mayoría arcifinios, fueron localizados sin dificultad, y mediante la prueba testifical. Sirvieron como un valioso elemento de información los planos aerofotográficos de la región, levantados por el Instituto Geográfico y Militar 'Agustín Codazzi', con destino al Catastro Nacional. Lo propio cabe afirmar con relación a la hacienda de Manila, cuya determinación fue posible partiendo de la descripción que de ella se hace en la demanda, y en la escritura pública Nº 65, de 30 de enero de 1947, pasada en la Notaría 2ª de Neiva.

En confirmación de lo anterior, conviene transcribir lo pertinente de las actas de inspección ocular y del dictamen pericial.

Dicen las primeras:

"Se procedió luego a identificar sobre el terreno los distintos puntos que sirven de lindero a la antigua hacienda de Caballeriza que fue objeto del remate a que se refieren la escritura sin número del año de 1772, copia tomada del tomo que se titula "año de 1772 posesión de tierras de la Real Junta de Temporalidades", expedida por el Notario Primero de Neiva y la copia expedida por el Jefe del Archivo Nacional de Bogotá que fue presentada por el señor abogado de los demandantes. Para llevar a cabo esa identificación el personal se asoció del señor Germán Uribe Manrique, mayor de setenta años, oriundo de Baraya y muy conocedor de la región, y de sus distintos sitios, persona honorable y conocida, quien accedió a recorrer como informante del personal los distintos linderos. Haciendo el recorrido de a caballo, desde Baraya, el personal de la diligencia llegó a un punto llamado La Mesa de La Nutria desde el cual se identificó el nacimiento del río Guaroco en la cordillera, que es el lindero inicial de la citada hacienda de Caballerizas, a donde cae la loma o serranía del Callejón. Desde allí mismo se apreció el curso que sigue dicho río hasta enfrentar al sitio donde desemboca la quebrada de La Nutria, conocido con el nombre de Peñas Blancas. Este lugar queda precisamente frente a la Mesa de La Nutria, desde donde se hizo la identificación de los linderos relacionados. Se trasladó luego el personal inspector a la cabecera de la quebrada de los Maguées, que es un zanjón sin agua cuyo origen está hacia la extremidad de la citada Mesa de la Nutria. Desde aquí se pudo apreciar en recto la línea que viene de Peñas Blancas, citada como lindero en el título del remate. Se continuó el recorrido por el zanjón de los Maguées hasta su desagüe en la quebrada del Tachuelar, llamada también en la actualidad 'Mano de Lión' y 'Palos Grandes', y por esta quebrada hasta el punto en donde cae el antigo camino de La Calle, que antiguamente servía a los habitantes de la vereda de El Pedregal, de jurisdicción de Villavieja, para salir a Baraya. Dicha vía no existe en la actualidad pero se aprecia perfectamente que por allí va el lindero que en línea recta, des-

de El Tachuelar, separa a la antigua hacienda de Caballerizas de la de Reyes, lindero por el cual en toda su extensión va una cerca de alambre hasta la cabecera de la zanja de los Córdobas, en las estribaciones del llamado Cerro Alto. La referida cerca es en la actualidad lindero de la antigua hacienda de Reyes con sus colindantes de ese sector. Se identificó luego el nacimiento de la quebrada de Los Córdobas y subiendo el personal, a pié, por no poder hacerlo de a caballo, al citado cerro Alto, desde allí se constató (sic) perfectamente el curso de la referida quebrada de los Córdobas hasta su desembocadura en el río Guarocó. Se apreció igualmente desde dicha prominencia el curso de éste hasta donde le cae la quebrada de Monigotes, y el de ésta arriba hasta su origen en la terminación de la llamada Mesa de Guarocó. Esta mesa también se identificó desde el referido Cerro Alto, el cual domina panorámicamente toda la región. El lindero de la antigua hacienda de Caballeriza parte luego de la extremidad de la referida Mesa de Guarocó, en donde debió existir el mojón de piedra de que habla el título del remate, cuyas huellas no podrían hoy apreciarse, en línea recta a buscar un pico alto a cuyo pié pasa la quebrada del Emayá. Desde la extremidad dicha de la Mesa de Guarocó se aprecia perfectamente la línea recta que va al referido pico. Continúa luégo el lindero por la quebrada del Emayá arriba hasta sus cabeceras en la serranía alta, quebrada que es muy conocida en la región y que en parte de su curso bajo sirve de lindero a la finca de Manila. De la serranía alta se sigue por el filo de la cuchilla hasta buscar el nacimiento del río Guarocó, que es el punto de partida. En esta forma quedó identificada la alinderación general de la antigua hacienda de Caballeriza, dentro de la cual existen muy numerosas fincas de distintos propietarios.

Una de ellas del propio señor Germán Uribe, a cuya casa llegó el personal inspector encontrando en ella al señor Celiano Castro Medina, mayor de sesenta años, natural de Tello, antigua Unión, y residente desde hace más de cuarenta años en la región de Baraya. Este sujeto fue también interrogado por el señor Magistrado sobre los nombres de los diferentes puntos localizados e informó cómo se llamaban. Considera el suscrito Magistrado que las informaciones de los señores Germán Uribe Manrique y Celiano Castro Medina son verídicas y que merecen ser atendidas. Con base en ellas se ha verificado la identificación, como ya se expresó de los linderos de la hacienda de Caballerizas y también con fundamento en los planos y fotografías que obran en el expediente, cuya ilustración es muy apreciable.....Se continúa luego la diligencia con la identificación de la hacienda de Manila, de propiedad hoy de los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, para lo cual se asoció el personal inspector de los señores Noé Arnézquita y Guillermo Rojas.... Verificada una inspección general del fundo se pudo constatar (sic) que está compuesto de casa de habitación y sus dependencias, que revela una gran antigüedad, de labranza de cacao de unas veinte hectáreas de extensión sobre el río Guarocó, con regadío tomado de éste mismo, y de varios encierros de pastos naturales y artificiales denominados El Fuerte, El Salado, El Yesal, El Emayá, Los Naranjuelos, La Gruta, Mangas de Cabanilla, Espejo, Manila y Burro, El Chircal y Manga de Troya, Goloso, El Capote, El Higuerón. Además comprende un pequeño lote de más de una hectárea de terreno, sobre el río Guarocó. Se identificaron los linderos de cada uno de los potreros o encierros mencionados de acuerdo con las informaciones suministradas por los testigos comparecedores de que antes se habló, esos linderos coinciden con los relacionados en la demanda, en la petición primera. Luego se identificaron los linderos generales de la finca, para lo cual se trasladó el personal de la diligencia a un sitio prominente en las faldas del potrero del Yesal, desde donde se dominó con la vista panorámicamente toda la hacienda de Manila. Desde allí indicaron los informantes los distintos puntos citados como linderos generales, empezando por la voladora que divide el potrero de El Yesal con los de La Gruta y el de Sucre, en la quebrada de Emayá. Se apreció el curso de ésta, aguas abajo, que en buena parte sirve de lindero con lo que fueron antes los predios de Querubín Manrique, hoy pertenecientes a la hacienda de Ricaurte; se indicó igualmente por los testigos el cerco de piedra de Goloso y el Zanjón cerco que sirve de límite en parte de la finca, común nombrar de las gentes de la región "Cerro de Miraflores", a cuyo pié pasa el río Guarocó. Este primer lindero que hemos constatado en el terreno, lo hemos localizado en el plano de la Propuesta Nº 541. El lindero: Por éste abajo hasta una peña blanca en donde se junta con la quebrada de La Nutria, este lindero es identificable pues el cauce del río Guarocó es inconfundible y la peña blanca en donde se junta con la quebrada de La Nutria se ve claramente sin presentar muestras de erosiones, el río aparece en el plano de la

Propuesta Nº 541 y Peña Blanca la hemos localizado en el mismo, tanto el río Guarocó y la Quebrada de La Nutria, así como su confluencia aparecen en el mapa de la Oficina de Longitudes del Departamento del Huila. El lindero: y de ésta mirando rectamente a buscar la cabecera de la quebrada de los Maguées, que queda en la divisoria de aguas de la mesa llamada hoy de La Nutria, se ve muy bien Peña Blanca, por consiguiente se pueden unir los dos puntos de Peña Blanca y cabecera de la quebrada de los Maguées por una recta. En el plano de la propuesta Nº 541 hemos localizado la quebrada de los Maguées y unida su cabecera por medio de una recta con Peñas Blancas. El lindero: siguiendo por ésta abajo hasta su desagüe en la del Tachuelar, es determinable puesto que el curso de la quebrada se vé claramente hasta su desembocadura en la quebrada del Tachuelar, que también llaman hoy en sus cabeceras Mano de León y en su desembocadura en el río Guarocó "Palo Grande". El lindero: y por ésta abajo hasta la derecera del camino de la calle, es muy claro ya que la quebrada del Tachuelar, Mano de León o Palo Grande, es inconfundible, por consiguiente determinable y localizable como al efecto lo hemos hecho en el plano de la propuesta Nº 541 y en el terreno el sitio de la quebrada por donde cruzó el camino de la calle, no aparece bien claro porque el curso de la quebrada vá por todo el valle y las grandes avenidas de ella borraron todo el rastro, ya que dicho paso fue abandonado al parecer desde la fecha en que se dividió la hacienda de "Villavieja" en las 19 haciendas de que habla el remate de 1776. A nuestro parecer dicho paso quedó situado en el lindero de la hacienda de los Reyes y de La Caballeriza, ya que por éste se encuentran vestigios de un camino que en parte es bastante plano y ancho, conduciendo directamente al cerro alto que aparece en el plano con el nombre de "Monte Rojo", pero que en la región lo llaman "Cerro Alto" en cuyas inmediaciones se encuentran los nacimientos de la quebrada de los Córdobas, los cuales son perfectamente determinables, los tres mojones no aparecen pero el Cerro Alto y los nacimientos de la quebrada de los Córdobas sí, por consiguiente se puede considerar como lindero la recta entre el centro de la quebrada del Tachuelar, donde divide hoy los predios de la hacienda de Los Reyes con los de don Germán Uribe, aproximadamente 400 metros abajo de la desembocadura de la quebrada que hoy llaman La Veleidosa en el del Tachuelar, y "Cerro Alto", dicha recta mide aproximadamente 2.500 metros distancia que guarda relación con la medida hecha con cabuya en 1772.....Como el río Guarocó es lindero desde donde cae la quebrada de los Córdobas hasta donde le entra la quebrada de los Monigotes, no hay lugar a confusión porque el río es inconfundible. La quebrada de los Monigotes que es lindero desde su desembocadura hasta sus nacimientos en la punta de la Mesa de Guarocó, llamada hoy Mesa de La Soledad, es completamente determinable y localizable, lo cual hicimos en el terreno y en el plano de la propuesta Nº 541. El lindero Punta de la mesa de Guarocó por todo el borde de dicha mesa hasta donde está un mojón de piedra, es determinable como en efecto se hizo en cuanto se refiere al borde de dicha mesa de La Soledad y que aparece en el plano de la propuesta como divisoria de aguas entre las quebradas de Monigotes, río Guarocó y El Salado, no así el mojón de piedra puesto que como la región es pedregosa y las tierras posiblemente han sido subdivididas, las han marcado con mojones de piedra, pero es de suponer que el punto más indicado para poner el mojón fue el extremo opuesto a la punta donde nace la quebrada de Monigotes, además de este extremo mirando en línea recta se divisa el picacho alto que hace parte de la serranía alta del Callejón a cuyo pié pasa la quebrada Lemayá, la cual aparece en el mapa de la Oficina de Longitudes del Departamento del Huila, es determinable y aparece en el plano de la propuesta, como la quebrada que nace en la Serranía Alta y ésta hace parte de la Serranía del Callejón, se sigue por todo el filo de éste hasta encontrar la punta de la loma que cae sobre el río Guarocó, primer lindero."

El dictamen pericial pasa luego a referirse a los predios de Manila, primeramente por sus linderos generales, y luego tomando en cuenta la alindación de cada uno de los lotes que la forman, tal como aparece descrita en los hechos de la demanda. Este estudio concluye con el concepto de que la prenombrada finca de Manila hizo parte de la antigua hacienda de Caballeriza.

Por último, los señores peritos conceptúan, con fundamento en la alindación del área de la propuesta Nº 541 de la Compañía de Petróleos Ariporo, de que trata el aviso del Ministerio de Minas y Petróleos publicado en el Diario Oficial Nº 27.340 de 19 de junio de 1950, página 1.050, acompañado a la demanda, que la finca de Manila se halla comprendida dentro del perímetro de esa propuesta.

Como ya se ha dicho, la prueba técnica que se acaba de analizar es concluyente en la demostración de que el contenido del instrumento público

que se ha aducido a la litis en relación con el remate de la hacienda de Villavieja en 1776, es verdadero, una vez que la alindación de la hacienda de Caballeriza, tal como quedó deslindada para el expresado remate, es fácilmente identificable sobre el terreno. A esta obligada conclusión llega la Procuraduría Delegada, según se desprende de la lectura del siguiente párrafo del alegato final:

"Como queda visto, pues, el globo de terreno denominado "Villavieja", al cual se refiere el remate de 1776, no fue materia de la prueba de reconocimiento ni del dictamen pericial respectivo, como no podía serlo, pues no se conocen sus linderos. Mas, en vista de que, **se ha demostrado debidamente la precisa determinación de la antigua hacienda Caballeriza** (subraya la Sala), dentro de la cual queda comprendido el predio "Manila", también localizado, es el caso de estudiar si respecto de aquél se consumó el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva de derecho público o "justa prescripción....."

Mérito probatorio del remate de 1776

Cumplido, pues, por el actor el requisito primordial de la determinación de los predios de lo que fue siglos há "hacienda de Caballeriza", y del predio o finca de Manila a que se contrae su oposición; y establecido también por los medios técnicos el hecho de que esta hacienda de los menores Borrero Brunner se halla en su totalidad comprendida dentro del área de la Propuesta de concesión Nº 541 de la Compañía de Petróleos, Arauca, se procede al estudio del mérito probatorio del documento que se ha aducido en demostración de que aquellas tierras salieron legalmente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, y que consiste, como ya es sabido, en el remate hecho de la hacienda de Villavieja por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe de Bogotá, en el mes de enero de 1776.

Nada más indicado para ello que realizar un estudio analítico del expresado documento, del cual dan razón las copias expedidas por la Notaría Primera de Neiva (Fols. 20 vuelto a 28 del C. Nº 4, y desglose Fols. 170 a 177 del C. Nº 1), y por el Jefe del Archivo Nacional, (Fols. 55 a 61 del C. Nº 4). Estas copias pueden dividirse en dos partes, a saber: la primera comprende las diligencias obradas por el Gobernador de la Provincia de Neiva, don Joseph Antonio de Lagos, por comisión de la Junta General de Temporalidades, en orden a la división, medida, inventarios y avalúos de la hacienda de Villavieja, ocupada por el Gobierno de España en virtud del real decreto de Carlos III sobre expatriación de los Padres de la Compañía de Jesús (decreto de 27 de febrero de 1767 y reales cédulas de 14 de agosto de 1768 y 27 de marzo de 1769). La segunda, que se contrae al remate propiamente dicho del conjunto de bienes de la mencionada hacienda de Villavieja, efectuado el 16 de enero de 1776, ante la Junta Municipal de Temporalidades de Bogotá.

A) Las diligencias concernientes a la división, medida, inventario y avalúo de la hacienda de Villavieja, cuyas copias tratan únicamente de lo que respecta al globo o hato de Caballeriza, comienzan con la "demarcación, linderos y avalúos de esta última, y dicen así:

"Jesús, María y señor San José V. D. L. y San Antonio. Demarcación, linderos y avalúos de la hacienda de Caballeriza, desmembrada de la principal de la de Villavieja que fue de los regulares expatriados. Avaluada en 6.788 pesos 1 real. —Nº 8— **Hacienda de Caballeriza - Demarcación y linderos.** - En la hacienda de Caballeriza, a siete de abril de mil setecientos setenta y dos años, su merced el señor Gobernador, Juez desta causa, con mi asistencia, la del reverendo padre capellán, el procurador general y demás nombrados, salió a revisar las tierras que se han de adjudicar a esta hacienda, y según su terreno y la proporción que ofrece para que queden fijamente alinderadas, las paseó su merced con todo cuidado y hecho cargo de su extensión, hizo la demarcación siguiente: Desde la punta de la última loma o serranía del callejón que cae sobre el río de Guarocó, por este abajo hasta una peña blanca donde se junta con la quebrada de La Nutria, y desta mirando rectamente a buscar la cabecera de la quebrada de los Maguées, siguiendo por esta abajo hasta su desagüe en lo de la de el Tachuelar, y por esta abajo hasta lo derecera del camino de la calle, siguiendo por este línea recta a buscar el nacimiento de la quebrada de los Córdobas que pasa por dicha quebrada abajo hasta su desagüe en el río de Guarocó; y por este abajo hasta donde le entra la quebrada que llaman de Monigotes; siguiendo por esta arriba hasta su nacimiento que es de la punta de la mesa de Guarocó, por todo el bordo de dicha mesa hasta donde está un mojón de piedras, y deste mirando línea recta a un picacho alto, a cuyo pié pasa la quebrada del Emayá; por ésta arriba hasta sus cabeceras en la serranía alta, siguiendo por todo el filo de la cuchilla del

callejón a buscar el rio de Guarocó, del primer lindero." (Fol. 57 v. del C. Nº 4).

Se procedió en seguida a la "medida" de las tierras así deslindadas, mediante el recorrido de los linderos que se acaban de transcribir. Dio por resultado "en el todo seiscientas sesenta y cinco cabuyas que, partidas por cuarenta y cinco, como ha anotado al principio, por quedar las demás medidas en el centro, parecen ser catorce estancias y media, doce y media cabuyas de tierra de ganado mayor..." (Fol. 58 v. del C. Nº 4).

Sucedió a esta mensura, el avalúo de todos los bienes que se adjudicaron para la formación de Caballeriza: las tierras, cuya área ya se conoce, 1.060 reses, 117 yeguas, 30 caballos mansos, 6 mulas mansas, varios esclavos, ganados menores, utensilios de labranza, todo lo cual fue apreciado en la suma total de 6 788 pesos, un real y veintiseis maravedis y cuatro novenos de otro."

De acuerdo con las instrucciones de la Junta General de Temporalidades, el Gobernador de la Provincia de Neiva, concluídas que fueron las diligencias de división, medida, inventario y avalúo, elaboró un extracto general demostrativo del "cuerpo de toda la hacienda, en cuantas se dividió, las estancias que abraza, ganados, yeguas y demás bienes de que se compusiere cada una con el total valor de modo que por él se venga en conocimiento del todo de esta hacienda...." (Villavieja). (Fol. 55 v. a 57 del C. Nº 4).

En ese extracto aparece la relación de todas las 16 haciendas o hatos que se formaron en la división material del gran fundo de Villavieja, a saber: Ahorcados con 17 estancias 21 y media cabuyas de extensión; Arrieros, con 16 estancias, 25 cabuyas; El Potrero, 9 estancias y 17 cabuyas, San Nicolás 15 estancias y 21 cabuyas; Mana de Guácimo 20 estancias y 4 cabuyas; Reyes 19 estancias y 8 cabuyas; Boquerón 15 estancias y 42 cabuyas; Caballeriza, las ya anotadas anteriormente; Hato Nuevo, 16 estancias y 6 cabuyas; Bateas 9 estancias y 31 cabuyas; San Ignacio 6 estancias y 43 cabuyas; Bogotá 12 estancias y 3 cabuyas; Manguita, 12 estancias y 7 cabuyas; Salipuedes 9 estancias y 26 cabuyas; El Pital 12 estancias y 10 cabuyas; Villavieja, 12 estancias y 5 cabuyas.

Se dictó luego por el Gobernador, con fecha 18 de junio de 1772 el siguiente proveído: "Vistos estos autos atendiendo a estar fenecidas todas las diligencias que se mandan practicar en las haciendas de Villavieja por la comisión e instrucción del señor doctor don Francisco Antonio Moreno, protector general deste Reino y Fiscal de la Real Junta de Temporalidades, como diputado por los señores della para este efecto, sáquense a pregón dichas haciendas, según y como están divididas por el término de treinta días..." (Fol. 55 del C. Nº 4).

El edicto que se ordenó fijar para efectuar dicho pregón dice así:

"Sepan los vecinos y moradores desta ciudad de Neiva y toda su jurisdiccion y provincia, cómo por comisión del señor doctor don Francisco Antonio Moreno, protector general deste reino y fiscal de la Real Junta de Temporalidades, diputado por los señores della para este efecto, ha procedido el señor don Joseph Antonio de Lago, Governador y justicia mayor desta provincia, a la situación de división, mensura y avalúos de las haciendas nombradas de Villavieja, que dejaron por su expatriación los padres jesuítas, cuyas diligencias se hallan evacuadas; y encargándose en esta orden que para su venta y enajenación se saquen a pregón por el término ordinario, publicándose para ello edicto en la forma acostumbrada; y por auto de hoy así lo tiene su merced mandado, y librar el presente por el cual cita, llama y emplaza a todos y cualesquiera personas que quisieran hacer postura a las referidas haciendas, en la conformidad que están divididas, demarcadas y vestidas con los ganados, bestias, esclavos y demás bienes que aparecen de los autos habérsele adjudicado a cada una lo pueda hacer dentro de treinta días siguientes a la publicación de este edicto...." (Fol. 55 C. número 4).

Esta primera parte termina con el cumplimiento de la diligencia de pregón en la ciudad de Neiva el 19 de junio de 1772.

B) Sigue aquí la copia del acta de remate que dice así:

"En la ciudad de Santa Fe a diez y seis de enero de mil setecientos setenta y seis: Congregados a Junta Municipal de Temporalidades en la Sala destinada para ella, los señores doctor don Francisco Antonio Moreno y Escandón, Fiscal Protector General de Naturales, Juez comisionado por el Excelentísimo señor Virrey para presidir dicha Junta, como uno de los de la ocupación, y extrañamiento de los Regulares Extinguidos en el que se llamó Colegio Máximo de esta Capital doctor don Vicente de la Rocha y Labares, Canónigo Racionero de la Santa Iglesia Catedral, don Joseph Groot de Vargas Regidor fiel ejecutor y diputado nombrado por este ilustre Cabildo.. se vieron con la mayor atención, esmero y cuidado, los autos de la hacienda nombrada Villavieja, que fue de los Regulares Expatriados, y de ellos consta que habiéndose sa-

cado a venta y pregón, se ocurrió por Juan Vicente Pérez de Páramo, Procurador de esta Real Audiencia, haciendo postura a esta Hacienda con calidad de traspaso....cuya postura despreciada que fue interina no se mejorasen sus condiciones....se ocurrió por don Domingo Ortiz, Procurador de esta Real Audiencia, haciendo postura a dicha hacienda con calidad de traspaso....a lo que por decreto de los señores de esta Junta se previno quedase suspensa.....Y puesta que fue la expresada razón, se ocurrió por don Joaquín de Arce vecino mercader de esta ciudad expresando: que habiéndose pregonado varias veces la Hacienda de Villavieja..., hacia postura a diez y siete mil doscientas setenta y dos reses, a tres mil veinte y cuatro yeguas, a ochocientos noventa y cinco caballos, a doscientos y dos potros ...que había dado existentes en sus cuentas el Administrador don Joseph Antonio de Lago, el año pasado de mil setecientos setenta y tres; y también a los esclavos, tierras, casas, herramientas, muebles, platanales y demás bienes que constaban inventariados.....A cuyos bienes hacia postura en debida forma en la cantidad de setenta y cinco mil pesos a reconocer a censo redimible, pagando el correspondiente rédito de un cinco por ciento en cada año, bajo de las capitulaciones siguientes....PRIMERA, que siendo admisible dicha postura y verificado el remate, se obligaba a dar de pronto treinta mil pesos de fianza, y luego que se le diese posesión de la Hacienda, otros veinte mil, a satisfacción de los señores Oficiales Reales....quedando hipotecado el todo de la misma Hacienda. 2ª Que los aumentos que resultasen de cualquier especie que fuesen, se habían de rebajar del valor de sus avalúos....3ª Que luego que constase haber otorgado los treinta mil pesos de fianzas, se le había de librar el requerimiento necesario, para que le pusiese en posesión de todos los bienes muebles y raíces y de todas las tierras, que dicha hacienda comprendía...., haciéndosele entrega de ellos. 4ª.....5ª. Que se le hubiesen de rebajar por los señores Oficiales Reales cualesquiera cantidades que en descargo del principal entregase, no bajando su monto de mil pesos, y que se le diese certificación de dichas cantidades cada y cuando que hiciese algún entero por cuenta del principal.... 6ª Que se le habían de admitir las fianzas de los veinte mil pesos, que prometía dar, luego que se le diese posesión de la hacienda aunque fuesen aprobadas por oficiales Reales de otras cajas....7ª Que se le había de permitir vender uno, u otro de los hatillos de dicha hacienda enterando en Reales Cajas su importe, si lo diesen al contado; y que si fuese su compra dando fianzas seguras (de las que daría razón donde conviniese) quedarían para mayor seguridad del principal de su cargo....8ª...9ª.....A lo que por Decreto de catorce de diciembre del año próximo pasado se admitió por los señores de esta Junta la postura hecha por el citado Arce, pero debiéndose entender con la precisa calidad de referirse no a los bienes que expresaba, sino a los que fueron inventariados y avaluados.... se pasaron los autos a la Superior Junta Provincial, y en su vista tuvieron a bien los señores della, de condescender en la verificación del remate respecto a tener el postor reformadas algunas de sus capitulaciones y condescendido en las limitaciones contenidas en el dicho Decreto de catorce de diciembre....En cuyo estado se ocurrió por el nominado Arce ante los señores de dicha Junta Provincial consistiendo en que su postura se entendía como se ordenaba, al número, cantidad y especie de bienes, que constaban en los inventarios y avalúos de la citada Hacienda....Y que así mismo lo declarado sobre que dentro de un mes debía dar el resto de los veinte mil pesos de la fianza, este mes hubiese de computarse, desde el día en que se le acabase de entregar la referida Hacienda y sus bienes y de estar puesto en la posesión della, en cuya atención suplicaba se mandase proceder al remate.....DECRETO. Mediante a que al tiempo de la presentación de este escrito se mejora a la postura hecha por don Joaquín de Arce a la hacienda de Villavieja, se le instó y compelió por esta Junta al Procurador que en él habla, para que denunciase el sujeto o persona en quien había de verificar el traspaso.....y haber expresado ser el Procurador Blas de Valenzuela en quien se había de hacer el referido traspaso; siendo constante y pública no sólo el Congreso de esta Junta, sino a todo el común de esta ciudad, la notoria insolvencia del citado Valenzuela,. ... no accede esta Junta a la admisión de dicha puja y en consecuencia se procederá a actuar el remate en el expresado don Joaquín de Arce, inclitándosele a que adelante por la suya hasta la misma cantidad de los ochenta y dos mil pesos.... Y habiéndosele vuelto a instar repetidas veces a que adelantase su postura hasta la dicha cantidad de los ochenta y dos mil pesos y no haberlos querido ejecutar, tuvieron a bien los señores de esta Junta (mediante la utilidad que se sigue de la enajenación de esta hacienda) de mandar se procediese a su remate; por lo que apercibido que fue a él, y no haber habido mayor postor, últimamente se remató esta Hacien-

da, en el nombrado Arce, en la cantidad de setenta y siete mil pesos a reconocer a censo redimible, pagar interin su redención el rédito de un cinco por ciento en cada año, afianzar de pronto treinta mil pesos a satisfacción de los señores Oficiales Reales, y el resto de los veinte mil dentro de un mes de verificado el remate, y con las calidades de que las redenciones fuesen conforme a lo provenido en la cuarta parte de la colección; de satisfacer los aumentos que hubiese según los avalúos que se hicieron de dicha Hacienda, o de rebajársele lo que hubiera de menos al respecto del mismo avalúo; y bajo las demás limitaciones, y condiciones que bien en expresadas; en cuya virtud juró por Dios Nuestro Señor, y una señal de la Cruz de cumplir con el tenor de ese remate y no llamarse a engaño enorme ni enormísimo....."

Siguen estas otras constancias y decreto: "En cuya virtud dada que fue la certificación correspondiente para estas Reales Cajas, se ocurrió con ella ante los señores Oficiales Reales por el citado Arce, junto con varios poderes de fianzas, pidiendo se proveyese en su vista lo correspondiente, a lo que por los dichos señores Oficiales Reales se proveyó este Decreto.....DECRETO: "Santa Fe y febrero cinco de mil setecientos setenta y seis. Por presentado con la certificación en que consta el remate de la Hacienda nombrada Villavieja, en cantidad de setenta y siete mil pesos....y en atención de que los poderes manifestados ascienden a treinta y siete mil y quinientos, y que todos justifican por las certificaciones que a continuación de ellos se registran de los jueces ante quienes se hallan otorgados, así las existencias, y propiedad de las fincas como su valor y libertad de ellas; se admiten en el todo de la enunciada cantidad....se recogen por las partes interesadas para hacer constar en la Junta Municipal haber cumplido con lo que en ellos se les mandó, en virtud de lo cual se les dá posesión....." (Fols. 24 a 27 vuelto del C. Nº 4).

C) Al folio 61 del mismo cuaderno obra copia del siguiente certificado: "Yo don Josef de Rojas, escribano de su Majestad y de la Junta Municipal de Temporalidades establecida en esta capital, certifico: Que habiéndose mandado sacar a venta y pregón la hacienda nombrada Villavicja, que tenían los regulares expatriados en jurisdicción de la ciudad de Neiva, y héchose postura a ella por don Joaquín de Arce, bajo de varias capitulaciones, entre ellas fue una la del tenor siguiente: Que se me ha de permitir vender uno u otro de los hatillos de dicha hacienda, enterando en Reales Cajas su importe, si lo dieren al contado. Y si fuese su compra dando fianzas seguras (de lo que daré razón donde convenga) y quedarán para mayor seguridad del principal de mi cargo. Y que si tuviere por conveniente vender algunos de los esclavos....Bajo de cuya condición se remató la referida hacienda en el expresado don Joaquín de Arce por Junta celebrada en diez y seis de enero del año pasado de mil setecientos setenta y seis, en cantidad de setenta y siete mil pesos a reconocer a censo redimible....En cuya virtud y de haberlas dado (las fianzas), se le libró el correspondiente recudimiento para la entrega y posesión. Y mediante la condición que vá inserta se le ha concedido nuevamente licencia al expresado don Joaquín de Arce para que pueda enajenar y vender varios hatos correspondientes a esta hacienda, bienes y utensilios de ellos, según consta por Decreto proveído por los señores de dicha Junta en seis de diciembre del año próximo pasado, a que me remito. Y para que conste donde convenga de requerimiento del expresado don Joaquín de Arce, doy la presente que firmo en Santafé a nueve de agosto de mil setecientos ochenta y tres años....."

Es esto todo lo existente en las copias examinadas acerca del remate de la hacienda de Villavieja. De lo allí expresado se establecen los siguientes hechos:

1—Que sacadas a pregón las haciendas de Villavieja, comprendiéndose en ellas las tierras, divididas en 16 hatos; ganados, esclavos, herramientas, etc., hizo postura a ellas don José Joaquín de Arce, que pasados los autos a la Junta Provincial de Temporalidades, acogió dicha postura mediante la reforma de algunas de las capitulaciones formuladas por el postor de Arce.

2—Verificado el remate el 16 de enero de 1776 por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe de Bogotá, se adjudicó la prenombrada hacienda de Villavieja al nombrado señor de Arce, en la cantidad de setenta y siete mil pesos, "a reconocer a censo redimible", pagando un interés del cinco por ciento anual, y mediante el otorgamiento de fianzas seguras a satisfacción de los Oficiales Reales, por la cantidad total de cincuenta mil pesos.

3—El señor de Arce cumplió la obligación de constituir la garantía exigida. Así lo certificó el Escribano de su Majestad, don Josef de Rojas, quien agrega que el señor de Arce obtuvo la or-

den necesaria para que se le diese posesión de los bienes rematados.

4—El rematante Arce quedó facultado para vender uno o varios de los hatos en que había sido dividida la hacienda de Villavieja, "enterando" el valor de cada venta en las Cajas Reales, en abono del principal de la obligación "con reato de nulidad de la venta."

5—El 6 de diciembre de 1782 la Junta de Temporalidades dictó un Decreto a petición del señor Arce, por medio del cual dio a éste nueva facultad "para que pueda enajenar y vender varios hatos correspondientes a esta hacienda" (Villavieja).

6—De acuerdo con lo que expresa el mismo certificado del Escribano Real, tan pronto como el señor Arce hubo dado las fianzas a que estaba obligado en el remate, "se le libró el correspondiente recudimiento para la entrega y posesión de la hacienda Villavieja."

La Corte ha conocido de numerosos negocios sobre dominio del subsuelo petrolífero, en que el opositor o demandante o el avisante en su caso, ha alegado como título emanado del Estado, la venta en pública subasta de bienes raíces que fueron de temporalidades, esto es, que pertenecieron a la comunidad religiosa de la Compañía de Jesús al momento de su expatriación bajo el reinado de Carlos III.

De los distintos casos estudiados por esta Sala, se pueden deducir estos principios:

I—Las tierras sometidas al régimen de temporalidades eran objeto, por regla general, de una previa división material; se hacía un inventario y avalúo de todos los bienes; tierras, ganados, esclavos, herramientas. Se abría la correspondiente licitación con la fijación del edicto y la verificación de los pregones en lugares de concurrencia del público. Cumplidas estas formalidades se efectuaba el remate y la adjudicación en el mejor postor.

II—Si la venta se hacía por las Juntas Municipales de Temporalidades, los expedientes respectivos se enviaban a la Junta Provincial de Santa Fe de Bogotá, para su confirmación.

III—Una vez impartida ésta, y cumplidos por el rematante todos los requisitos y "capitulaciones" del remate, se procedía a extender la escritura pública de traspaso de la propiedad.

Del caso en que el remate era hecho por las Juntas Municipales de Temporalidades, da cuenta la sentencia de 23 de junio de 1943 (G. J. Tomo LV, página 734) donde se hace la siguiente relación:

"E - Remate de temporalidades - - 1772.

"En copia expedida por el señor Jefe del Archivo Nacional, tomada del expediente sobre "pregones y remates de los bienes raíces que fueron de los regulares extrañados de la Compañía de la Villa de Honda" figuran varias diligencias de remate de bienes de temporalidades hechos por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda en los años de 1770 y siguientes. En dicha copia aparece un remate efectuado el 9 de diciembre de 1772 de las tierras "del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná en cantidad de setenta patacones al contado." El remate fue adjudicado a don Manuel Martínez Zaldúa, por setenta pesos.

"El mismo día se hizo otro remate a favor de don Pedro Bravo, de las tierras 'del río abajo de la Magdalena que llaman del río de La Miel hasta el río Claro, en cantidad de veinticinco pesos al contado.' A los rematadores se les advirtió que no se les daba posesión ni títulos de propiedad, "interin no viniese confirmación de este remate por la Junta General de la ciudad de Santa Fe".

Y en la sentencia de fecha 27 de febrero de 1951, publicada en la G. J. Tomo LXIX, página 283, se examina el siguiente caso: El Presidente de la Junta Municipal de Temporalidades de Mompox, dio "en venta real por juro de heredad para siempre jamás a Diego Martín de Barros.... cinco mil varas de tierra de Pancoger nombradas el Barranco Colorado y Guataca, las mismas que en virtud de Real Decreto expedido en el Pardo a veintisiete de febrero del pasado año de 1767, se ocuparon por el ejecutor de dicho Real Decreto como pertenecientes a las temporalidades del Colegio de Mompox". Esa venta se hizo mediante remate efectuado por "los señores de dicha Junta Municipal de Temporalidades del Colegio de esta recordada Villa", el 6 de mayo de 1773. Se dió posesión de las tierras al rematante y consta igualmente que el señor de Barros pagó en las reales cajas "los un mil cuatrocientos pesos" en que se le remataron aquellos predios, y que por la "Junta Provincial de Temporalidades con fecha 24 de mayo de aquel mismo año aprobó y confirmó dicho remate.

Y en la sentencia de 14 de noviembre de 1950 (G. J. Tomo LXVIII, página 891), se hace la siguiente síntesis de un título semejante, en los siguientes apartes:

"1—Que la antigua hacienda de Doima estuvo radicada en el patrimonio privado de la Compañía de Jesús hasta el momento en que Carlos III,

por Decreto de 27 de febrero de 1767, expulsó a los religiosos de dicha Compañía de todos los dominios de España e Indias, pasando esa Hacienda, como los demás bienes de la Compañía, al patrimonio de la Corona Española, según lo prevenido en las reales cédulas de 14 de agosto de 1768 y 27 de marzo de 1769.

"2 Que la misma hacienda de "Doima", ya radicada en el patrimonio de la Corona Española, fue sometida a división, formándose con la parte de la misma el mencionado Hato de "Buenavista del Castillo".

"3—Que este Hato de "Buenavista del Castillo", previo el cumplimiento de las formalidades establecidas por la misma Corona para la enajenación de los bienes "ocupados" a la Compañía de Jesús, y bajo el inmediato control de la Junta de la Real Hacienda de Temporalidades, fue sometido a pública subasta y rematado por don Francisco María Gamba y Vasallo, por medio de apoderado, en 25 de febrero de 1771.

"4—Que como consecuencia de ese remate y por haberse satisfecho plenamente las exigencias de la Real Hacienda, se otorgó la escritura pública de 27 de junio de 1777, pasada en Santa Fe por ante el Escribano Público de su Majestad, y mediante la cual el Estado Español, representado por el Fiscal del crimen "como también de las Temporalidades", traspasó al señor Gamba y Vasallo, "para él y para sus herederos y sucesores, presentes y futuros" el dominio pleno de ese inmueble."

Lo anterior demuestra superabundantemente que en las ventas por subasta de los bienes raíces llamados de temporalidades, la propiedad plena de éstos no se transfirió del Estado al particular por el simple remate, sino mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, y que para tal otorgamiento se requería, primero, que el remate hubiese recibido la aprobación de la Junta General de Temporalidades, y, segundo, la certificación de los Oficiales Reales acerca de la cancelación total del valor del remate.

De lo anterior se infiere necesariamente que en el caso del remate que trae ocupada la atención de la Sala, si bien aparece establecido el requisito de la aprobación del remate, puesto que el expediente fue enviado a la mencionada Junta General y ésta "condescendió" a la verificación del remate "respecto a tener el postor reformadas algunas de sus capitulaciones y condescendido en las limitaciones contenidas en el dicho Decreto de catorce de diciembre....", falta la prueba de la escritura pública que debía otorgar el Presidente de la Junta General de Temporalidades, y en defecto de tal escritura, la prueba fehaciente de su existencia, que para el caso habría podido consistir en la certificación de los Oficiales Reales respecto al hecho de haber pagado don Joaquín de Arce el total de los setenta y siete mil pesos y sus "réditos", porque este pago daba al rematante pleno derecho para obtener el título definitivo sobre las tierras materia de la subasta.

No es, pues, el acta de remate aquí analizada, el verdadero título de la enajenación de bienes raíces hecha bajo el régimen de Temporalidades, sino un principio de él. Y no lo es únicamente por la falta de confirmación de aquella venta, como lo ha observado el señor Procurador Delegado en lo Civil, sino de la prueba del otorgamiento de la respectiva escritura pública de traspaso de la propiedad a favor del particular, por parte de la administración de los bienes de temporalidades.

No está llamada, pues, a prosperar la súplica principal de la demanda, en cuanto ella busca fundamento en el remate verificado en el año de 1778 por la Junta Municipal de Temporalidades de Santa Fe de Bogotá, a favor de don Joaquín de Arce.

La justa prescripción

Se desprende que el actor ha invocado en forma subsidiaria este título —y así lo acepta el señor Procurador Delegado aunque oponiéndose a su reconocimiento— (fol. 209 a 224 del C. Nº 1)— porque en el hecho 42 del Libelo de demanda afirma aquél que de los instrumentos públicos enumerados en dicho escrito se establece que sobre las tierras de la actual finca de Manila "se ha ejercitado una explotación económica desde tiempo inmemorial, que dá lugar a una justa prescripción conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la República."

Y en el hecho 43 agrega:

"Es especialmente importante sobre la explotación económica, la copia expedida por la Notaría 1ª de Neiva de las diligencias de posesión y remate de las tierras, de las cuales hizo parte la finca de Manila, donde aparece en una relación pormenorizada y un avalúo de los ganados, yeguas, caballos, esclavos, corrales, mangas y herramientas y casas, todo lo cual fue avaluado en seis mil setecientos ochenta y ocho pesos, un

real, veintiseis maravedises, suma muy grande en 1772....."

En su alegato final el mismo apoderado de los demandantes hace alusión a cada uno de los instrumentos públicos que en su concepto demuestran la explotación ininterrumpida de los predios de la litis, hecho confirmado —según añade— con las observaciones del Tribunal de Neiva y de los peritos al practicar la diligencia de inspección ocular de que ya se trató anteriormente.

Para la mejor dilucidación de este importante y completo problema, es conveniente reproducir aquí los siguientes párrafos de la sentencia de 22 de febrero de 1948 (G. J. Nº 2029, 2030, 2031, página 312), donde la Corte reafirmó su propia doctrina sobre "justa prescripción", sentada en el fallo de 5 de agosto de 1942, diciendo:

"Recuerda ahora la Corte que en la sentencia de 5 de agosto de 1942, referente a las tierras del Chaparral, hizo un estudio pormenorizado y extenso de las disposiciones legales, así del tiempo de la Colonia como de la República, en virtud del cual se llega a la conclusión de que puede y debe hoy hacerse por el Organo Judicial el reconocimiento de la propiedad privada con base en la posesión real y efectiva del terreno cultivado y explotado económicamente antes de 1873. Se haría muy extenso este fallo si se repitiesen aquí las consideraciones que en aquél se hicieron para sustentar esa deducción a que entonces condujo el estudio que realizó la Corte. Es cierto, como lo anota el comentarista transcrito, que la Corte habló en su sentencia de un criterio de benevolencia y de tolerancia, que fue el que inspiró las leyes de la Colonia y de la República en materia de tierras realengas y baldías, al permitir que aún vencidos los términos que esas leyes iban señalando sucesivamente para la composición de las tierras mediante la comprobación de los estados de explotación económica y la obtención de los títulos correspondientes, sin embargo se repitió siempre, a través de toda esa legislación, el pensamiento, el deseo y la permisión de que las autoridades respectivas reconocieran el dominio de los particulares que hubiesen explotado las tierras y siempre que lo demostrasen en forma satisfactoria. La posesión inmemorial de las tierras, si estuvo acompañada de la incorporación del trabajo en ellas, mereció respecto de los legisladores, el que se tradujo en las normas que permitieron ese reconocimiento de la propiedad particular. La Corte en su sentencia sobre las tierras del Chaparral apela a ese criterio del legislador para que se aplique a la interpretación de los jueces, empezando por la Corte misma, hagan de tales leyes; para no sacrificar, al rigor de unos textos inertes, el derecho que sucesivamente se fue reconociendo y garantizando por las varias normas legislativas. Pero la aplicación a ese criterio de amplitud y de tolerancia que inspiró la legislación colonial y de la República hasta 1873 no lleva al extremo que indica en sus importantes observaciones el comentarista mencionado. No es que la Corte, situándose en un plano exclusivo de amplitud y benevolencia, falle con la equidad y sin la justicia legal y jurídica. Hay razones que estructuran sólidamente el proceder adoptado por esta corporación al dar entrada a la calificación del dominio privado y al reconocimiento de él en sus folios, mediante la comprobación actual de la explotación económica que contemplaron las leyes hasta el Código de 1873."

A la luz de estos principios jurisprudenciales ha de estudiarse el conjunto de pruebas que el actor ha traído al debate acerca de la explotación ininterrumpida de las tierras de la hacienda Manila, ya con la cría de ganados, ya también con labores agrícolas, como lo expresa en la demanda.

En primer término cabe advertir:

a) Que el lapso de la explotación económica en el presente caso mal puede tenerse como iniciado en el año de 1772 según lo pretende el apoderado de la parte actora, por cuanto de las copias atinentes al remate de la hacienda de Villavieja, verificado cuatro años después, se infiere que en el año de 1772 era la Corona Española quien poseía aquel inmueble en virtud de la confiscación contra la Compañía de Jesús.

b) Tampoco pueden tomarse como documentos demostrativos de la explotación económica de las tierras de Manila las escrituras por medio de las cuales doña Micaela Mena, viuda de don Joaquín de Arce, vendió a Juan Manuel de Herrera la finca de Hato-Nuevo (1765), por cuanto dicha venta se refiere a tierras distintas de las de Caballeriza.

c) Lo propio ocurre con relación a la escritura sin número de 20 de diciembre de 1819 (Fols. 30 del C. Nº 4 y 56 del C. Nº 1), que trata de la venta hecha por Fray Valentín de la Santísima Trinidad Quevedo —en representación del Colegio de San Nicolás de Tolentino de Bogotá— a favor de Miguel Gaitán y Bonifacio Manrique del globo de tierra llamado El Cardón. Los linderos de dicho inmueble, según los planos traídos al juicio, demarcan un lote que, si bien hizo

parte de la antigua hacienda de Caballeriza, no abarca ni parte ni todo de las tierras que hoy forman a Manila.

Hechas estas necesarias aclaraciones, entra la Sala en el estudio pormenorizado de los instrumentos que pueden aceptarse en la investigación del punto referente a la explotación económica de que aquí se trata, a partir del año de 1848 en que se formó la causa mortuoria de José Cardoso Suárez.

1—A) folio 97 del cuaderno Nº 1, se encuentra una copia expedida por el Notario Primero de Neiva, tomada de los originales del juicio de inventarios entre los herederos y legatarios de José Cardoso Suárez, seguido en el año de 1848. Consta allí que como bienes pertenecientes a dicha sucesión fueron inventariados y avaluados, los siguientes inmuebles: El globo de 'Cucharito', "por los linderos que constan en la escritura otorgada por los Reverendos Padres Candelarios, en nueve de noviembre de mil ochocientos diez i ocho, con excepción de los terrenos vendidos a los señores Lorenzo Gaitán, Manuel González i Juan i Mariano Hernández, y con excepción de los terrenos ocupados por la labranza, mangas, potrero i demás que se han demarcado i avaluado separadamente." Las partidas en que se relacionan estos últimos inmuebles dicen: "96. El potrero de sabana denominado Potrerito cercado en una pequeña parte de piedra.... 97. El potrero de pasto de guinea denominado Purgatorio.... 98. El potrerito de la Palma.... 140. Un potrero de pasto de guinea, cercado de piedra i situado cerca a la labranza de los Hernández... 141. Un pedazo de vega en la cabecera de la labranza, cuyas demarcaciones son, la acequia de la misma labranza i el rio Guarocó.... 142. La parte de vega que hace al pie de la labranza...." La labranza aparece inventariada así: "14º. Se contaron trescientos treinta y un árboles de cacao en yerba.. 15º. Novecientos cincuenta i dos comenzando a cargar.... 16º Más dos mil seiscientos sesenta i seis árboles de cacao frutal.... 17º Más nueve mil doscientos treinta i un árboles de cacao viejo.... 18º Inventariose un platanar que se calculó en dos almudes.... 19º Un cañaduzal de media cuartilla.... 25. La posesión compuesta de casa, cocina de peones.. 26. El corral.... 27. La manga contigua al corral....".

2—Según los términos de la escritura Nº 188 de 29 de septiembre de 1865, otorgada ante el Notario Cantonal de Neiva, la señora Micaela Díaz v. de Cardoso vendió a Baltazar Díaz "tres derechos de tierra, i en uno de ellos una labranza de cacaotal frutal i un potrero de pasto de guinea; comprendidos el primero: del punto de la peña blanca a orillas del Guarocó; éste arriba buscando los cercos del potrero de la Palma del señor Miguel Ortiz, hasta encontrar los del potrero del señor Ramón Cardoso denominado el Higuerón, tomando éstos por el filo del cerro del Higuerón, hasta la quebrada del Emayá, por esta corriente abajo hasta su desemboque en el rio Guarocó, por éste arriba hasta la peña blanca, primer lindero." "La vendedora reconoce que dentro de la alindación anterior se encuentran los lotes cercados pertenecientes unos al señor Manuel González (excluido en el inventario de la sucesión de José Cardoso S.), "otros al señor Praxedis Hernández i sus hermanos, otros al señor Ramón Cardoso i otros al mismo actual comprador Baltazar Díaz...." La venta en referencia incluye el lote de Potrerito "consistente en montaña i sabana", situado, según parece, hacia el punto de la desembocadura de la quebrada Emayá en el rio Guarocó. Comprobadas estas alindaciones sobre los planos aerofotográficos, y en el de la propuesta Nº 541, se vé sin dificultad que la alindación anterior encierra en su totalidad los tierras de la actual hacienda de Manila. (Fol. 115 del C. Nº 1).

3—Por medio de la escritura Nº 50 de la Notaría de Villavieja (copia expedida por la Notaría 1ª de Neiva), de 28 de diciembre de 1860, Juan Nepomuceno Luque vendió a Baltazar Díaz parte de sus derechos en el globo común de Cucharito, compuesto de sabanas y montes. Esos derechos, según lo declara el vendedor proceden de la sucesión de José Cardoso (folio 95 del C. número 1).

4—En la escritura Nº 242 de 3 de agosto de 1878 de la Notaría Principal de Neiva, se hizo protocolización conjunta de las causas mortuorias de los señores Praxedis Hernández y Baltazar Díaz. Correspondientes a esta última sucesión, figuran las hijuelas de Felipa Avila de Díaz, Sara, Noé, Carmen y Ana Clovis Díaz, a quienes se adjudicaron cuotas de derechos de tierra en el globo de Troya, en los potreros El Fuerte, en una labranza de cacao, manga de El Espejo, varias reses de cria y otros semovientes. Se copian también los inventarios de la misma sucesión y allí figuran, entre otros bienes del causante, los terrenos de la Posesión de Troya, en casa y sus muebles y enseres de labranza, y una manga "que la circunda." Además fueron inventariados: las mangas de Salado, Espejo, Ca-

pote, Coloso, las tierras o lotes sabanosos de Loma del Higuerón, y los potreros de La Gruta, Yesal, El Fuerte, y una labranza de cacao de 10.716 árboles y un almud de platanar. Se habla en la alindación de estos inmuebles, de cercas o divisiones de piedra. (Fol. 108 del C. Nº 1)

5—El 20 de octubre de 1882, según consta de la escritura Nº 1177 de la Notaría Segunda de Bogotá, otorgada en esa fecha, Juan N. Duque vendió a Agustín Duque "la hacienda denominada 'Cucharito' que compró a su hermano Ramón Duque por escritura de la Notaría de Tocaima, fechada el 28 de agosto de 1866." Dicha hacienda, según allí se expresa, consta de potreros, labranza y casas. (Fol. 81 v. del C. Nº 4).

6—Por medio de la escritura Nº 603 de la Notaría de Neiva, de 3 de diciembre de 1888, Inés Manrique vendió a Alejandro Manrique C. un derecho en el globo de Hato-Nuevo y el potrero de El Yesal, "cercado en su mayor parte con cercas naturales y de piedra", que la vendedora hubo de la sucesión de su esposo Fernando Salas H. (Fol. 52 del C. N. 1)

7—Según se expresa en la escritura Nº 1986 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 28 de noviembre de 1890, Alejandro Manrique vendió a Inés Manrique, además de otros derechos en el globo común de Hato-Nuevo (distinto como se ha visto de Caballeriza), el potrero de El Yesal "cercado en su mayor parte." (Fol. 48 del C. Nº 1)

8—En la escritura Nº 2.040 otorgada ante el Notario 2º de Bogotá el 9 de diciembre de 1890, consta la venta que Agustín Duque hizo a Gabriel Perdomo R. de la hacienda de Cucharito, situada a orillas del río Guarocó, compuesta de "casa de posesión con su cocina, un edificio en cerrado para sestón de cacao, algunos muebles, herramientas, paseras y demás adherentes"; una manga contigua a la posesión, cercada de piedra; una labranza o plantación de árboles de cacao, parte frutal y parte pequeño y una faja de monte sobre la acequia de irrigación de la expresada labranza. El vendedor Duque declara haber adquirido dicha hacienda por compra a Juan N. Duque. (Fol. 71 del C. Nº 1)

9—Según se expresa en la escritura Nº 648 de la Notaría de Neiva, de 26 de agosto de 1899, Santiago Manrique, en representación de Inés Manrique, vendió a Julio J. Navarro el potrero de El Yesal. (Fol. 43 del C. Nº 1).

10—Consta de la escritura Nº 19 de 8 de enero de 1904, de la Notaría de Neiva, que Adán Díaz vendió a Gabriel Perdomo Rivas "todos los bienes, derechos y acciones que le corresponden como heredero de Baltazar Díaz (excluyendo los vinculados en los terrenos de Veraguas y en la vega del Guarruz), derechos y acciones radicados en los terrenos de Troya. La Loma del Higuerón, potrero El Fuerte, la labranza de cacao y los semovientes determinados así: 6 reses de cría en el ganado de Troya, 1 potro y 3 burras, y diferentes utensilios de labranza. (Fol. 158 del C. Número 1).

11—En la escritura Nº 610 de 15 de diciembre de 1906, de la Notaría 2ª de Neiva, se hizo protocolización de la causa mortuoria de Felipa Avila de Díaz y Noé Díaz. Hijuelas de Adán (fol. 161 del C. Nº 1), Daniel, Adelmo, Ana Clovis y Carmen Díaz, a quienes se adjudicaron derechos en la labranza de cacao de la hacienda de Troya, sobre el río Guarocó; en los terrenos o potreros de El Fuerte, Capote, La Gruta, de la misma hacienda. Se formó también la hijuela correspondiente a Gabriel Perdomo R. por los derechos que había comprado al heredero Adán Díaz. El administrador de la hacienda de Troya —según se expresa en este título— rindió cuentas del producido de la hacienda de Troya en el período comprendido entre el 25 de octubre de 1903 al 16 de junio de 1905, que ascendió a la cantidad de $ 44.288.10, que fue distribuido proporcionalmente entre los causahabientes. (Fol. 11 del C. Número 4).

12—Por escritura Nº 652 de 15 de noviembre de 1907, de la Notaría 1ª de Bogotá, Carmen y Ana Clovis Díaz vendieron a José J. Vargas "todos los bienes y derechos raíces que les correspondieron a las otorgantes a título de herencia en la sucesión de su padre el señor don Baltazar Díaz", radicados en el Municipio de Baraya (Huila), y "comprendidos en el antiguo globo de tierras denominado "Troya", dividida así: la posesión de Troya, 'compuesta de casa, cocina, manga y corrales"; el potrero El Fuerte; un lote de sabana llamado Emayá; una labranza de cacaotal, la tierra y la acequia; una platanera, el potrero llamado La Gruta. (Fol. 147 del C. Nº 1)

13—El mismo día y en la misma Notaría fue pasada la escritura Nº 654, por la cual el señor José J. Vargas vendió a Gabriel Perdomo R. los bienes y derechos que había adquirido de acuerdo con el título anterior. (Fol. 140 del C. Nº 1).

14—Consta en la escritura Nº 283 de 6 de agosto de 1909 de la Notaría 2ª de Neiva, la protocolización que se hizo de la división material del globo comunero de Troya, (antiguo Cucharito), efectuada en el mes de marzo de 1908. Se copian las hijuelas formadas a las partícipes La-

crecia y Arcelia Díaz. En esa partición se formaron los siguientes lotes de terreno: La posesión; la labranza, con una superficie de 1 hectáreas 8.820 metros cuadrados; la platanera, un lote de 626 metros cuadrados; El Higuerón, La Gruta, Emayá, El Fuerte, cada cual con su respectiva alindación. (Fol. 125 del C. Nº 1).

En la Inspección Ocular de que atrás se hizo mérito, aparecen estas observaciones consignadas por el personal inspector en punto a explotación económica de las tierras de Manila: "....Verificada una inspección general del fundo se pudo constatar (sic) que está compuesto de casa de habitación y sus dependencias, que revela una gran antigüedad, de labranza de cacao de unas veinte hectáreas de extensión sobre el río Guarocó, con regadío tomado de éste mismo, y de varios encierros de pastos naturales y artificiales denominados El Fuerte, El Salado, El Yesal, El Emayá, Los Naranjuelos, La Gruta, mangas de Cabanilla, Espejo, Manila, Burro, El Chircal y manga de Troya, Goloso, El Capote, El Higuerón...." Frecuentemente se alude en dicha acta a la existencia de cercas de piedra muy antiguas que sirven de división a los lotes y potreros que forman a Manila. Durante la misma diligencia fueron recibidas las declaraciones de Noé Amézquita y Germán Uribe Manrique, muy conocedoras de la región, quienes afirmaron que la finca de Manila ha sido materia de explotación económica, con ganadería y cultivos agrícolas. El Magistrado que presidió la diligencia, dejó, entre otras, la siguiente observación: "....2ª Que esta hacienda está arrendada en la actualidad al Sr. Leopoldo Cortés Cleves, quien vive en ella con su familia, explotándola económicamente con ganadería y usufructuando los cultivos de la labranza de cacao."

De todos los anteriores datos se deducen en síntesis, los siguientes hechos constitutivos de la explotación económica de los predios que en la actualidad forman la hacienda de Manila: a) José Cardoso fue poseedor del antiguo globo o hacienda de "Cucharito", que según se dice adquirió de los Padres Candelarios en el mes de noviembre de 1818. Así consta de los inventarios y avalúos verificados en la formación de la causa mortuoria del nombrado Cardoso. Dicha hacienda se componía en el año de 1848 de varios potreros y mangas, denominados Potrerito, La Palma, El Purgatorio, etc., algunos de ellos cubiertos de pasto artificial (guinea); de unos pedazos de vega, de una labranza de cacao que en ese tiempo contaba más de 13.000 árboles, la mayor parte en producción; un platanar de dos almudes de extensión y un cañaduzal, y de casa de habitación con muebles y herramientas. En la partición de los mismos bienes consta que a la cónyuge supérstite Micaela Díaz de Cardoso se adjudicaron además de un derecho de cien pesos en el globo de Cucharo o Cucharito, otro de ciento cincuenta pesos en Potrerito y un tercer derecho de trescientos pesos en un potrero de pasto guinea, más de sesenta reses, diez yeguas y otros semovientes inventariados dentro de los mismos terrenos. Como estas diligencias se llevaron a efecto en el año de 1848, según parece de la cita que se hace en el juicio de sucesión de José Cardoso, que éste explotó aquellos terrenos desde muchos años antes; b) Como causahabientes de José Cardoso figuran, entre otros: su cónyuge Micaela Díaz y Ramón Cardoso, heredero colateral, a quienes se adjudicaron derechos en los prenombrados inmuebles. c) Micaela Díaz vendió sus derechos a Baltazar Díaz; Ramón Cardoso lo hizo también a Ramón Duque, y éste a Juan N. Duque; éste vendió en 1867 a Baltazar Díaz una parte de sus derechos en Cucharito, y a su hermano Agustín Duque los que le restaban, en 1882. d) En los inventarios y avalúos correspondientes a la causa mortuoria de Baltazar Díaz, dueño, como se ha visto, de la mayor parte de las tierras de Cucharito, donde fundó la llamada posesión de Troya, inventarios que se iniciaron en el mes de diciembre de 1877, figuran entre otros bienes del causante, la expresada hacienda de Troya, formada por la posesión del mismo nombre y los potreros de El Fuerte, La Gruta, El Salado, El Espejo, El Capote, Goloso, la sabana y loma del Higuerón, el potrero del Yesal, y la labranza de cacao, compuesta de 10.716 árboles y un almud de platanar.

Estos hechos permiten a la Sala formar la convicción de que, efectivamente, y dentro de un lapso que principia en 1818 y concluye en 28 de octubre de 1873, fecha en la cual entró en vigor la reserva del subsuelo petrolífero, los terrenos de la hoy llamada hacienda de Manila, fueron objeto de una constante y activa explotación económica, con la cría de ganados y labores agrícolas, lapso que con toda amplitud da derecho al reconocimiento del dominio particular del subsuelo petrolífero por el medio jurídico de la llamada "justa prescripción." Y esa convicción se refuerza aún más, no tan sólo con los datos que pueden encontrarse respecto a esa misma explotación económica en los títulos traslaticios subsiguientes al año de 1873, sino con las observa-

ciones directas que sobre ese mismo asunto se hicieron durante la inspección ocular practicada dentro de este juicio.

Ultimas transferencias de la propiedad de Manila.

Sentado lo anterior, se pasa a relacionar los restantes títulos referentes a la tradición del dominio de la hacienda Manila, hasta radicarse en el patrimonio de los demandantes, así:

1—Escritura número 280 de 6 de agosto de 1909 de la Notaría 2ª de Neiva, donde se protocolizó el juicio divisorio de los predios comunes llamados "Troya". Aparece copiada allí la hijuela correspondiente al comunero Gabriel Perdomo R., a quien se adjudicaron dos lotes de terreno de los predios El Fuerte, otro lote en el potrero El Higuerón, otro lote en La Posesión, otro en la Labranza, y otro en la platanera y La Isla. (Fol. 73 del C. Nº 1).

2—Escritura Nº 318 de la Notaría 2ª de Neiva, de 21 de junio de 1917, por la cual Lucrecia y Arcelia Díaz vendieron a Félix Tovar siete lotes de terreno dentro del globo común de Troya, denominados El Fuerte, Higuerón, Emayá, La Posesión, manga de la posesión y Platanera, lotes todos que les fueron adjudicados en la partición material del globo de Troya. (Fol. 121 del Cº Número 1).

3—Escritura Nº 387 de 25 de julio de 1918, de la Notaría de Neiva, por la cual Félix Tovar vendió a Alcides Villoria los siete lotes de terreno a que se hace referencia en el punto anterior. (Fol. 117 del C. Nº 1).

4—Escritura Nº 507 de la Notaría 2ª de Neiva, de 5 de junio de 1920, por la cual se hizo protocolización del juicio sucesorio de Olimpia Manrique de Navarro. Hijuela de María Amalia Navarro de Santacoloma. Entre otros bienes raíces se adjudicó a dicha heredera el potrero del Yesal que la causante hubo en la sucesión de su esposo Julio J. Navarro, liquidada en el año de 1910. (Fol. 38 del C. Nº 1).

5—Escritura Nº 744 de la Notaría 2ª de Neiva, de 22 de septiembre de 1920, por la cual Alcides Villoria cedió, a título de permuta, a favor de Gabriel y Darío Perdomo, los siete lotes de terreno descritos en el punto 3º de esta relación. Villoria recibió a cambio de dichos lotes, el potrero de Cucharo. (Fol. 90 del C. Nº 1).

6—Escritura Nº 269 de 18 de junio de 1921 de la Notaría 2ª de Neiva, por la cual Omar Santacoloma en representación de su esposa María Amalia Navarro vendió a Baltazar Díaz H. los derechos que su representada hubo en la sucesión de su madre Olimpia Manrique, en el potrero El Yesal. (Fol. 35 del C. Nº 1).

7—Escritura Nº 8 de la Notaría 2ª de Neiva, de 3 de enero de 1922, por la cual Darío G. Perdomo como apoderado de sus padres Gabriel Perdomo R. y Sara Díaz; vendió al Dr. Leonidas Borrero B. la finca de Manila. (Fol. 63 del C. Número 1).

8—Escritura Nº 103 de 28 de junio de 1922, pasada en la Notaría de Tocaima, por la cual Gabriel Perdomo R. y Sara Díaz ratificaron la venta hecha a Leonidas Borrero, de que trata el punto inmediatamente anterior. (Fol. 58 del C. Nº 1).

9—Escritura Nº 102 de la Notaría de Tocaima, de 28 de junio de 1922, por la cual Gabriel Perdomo R. vendió a Ulpiano Soto M. el lote de El Chuquio, situado dentro del globo de terreno de la hacienda de Troya. (Fol. 136 del C. Nº 1).

10—Escritura Nº 394 de la Notaría 2ª de Neiva, de 7 de agosto de 1922, por la cual Ulpiano Soto M. vendió a Baltazar Díaz el lote de terreno (dos hectáreas) a que se refiere la transferencia relacionada en el punto anterior. (Fol. 135 del C. Número 1).

11—Escritura Nº 121 de 11 de febrero de 1923, de la Notaría 1ª de Neiva, por la cual César Díaz P. vendió a Félix Tovar su derecho de dominio en el potrero El Higuerón, que hubo por compra a Gabriel Perdomo R. (Fol. 151 del C. Nº 1).

12—Escritura Nº 243 de 24 de abril de 1922, de la Notaría 1ª de Neiva, por la cual Gabriel Perdomo R. vendió a César Díaz P. el Potrero de El Higuerón, que hubo el vendedor en parte por compra a Adán Díaz y por permuta con Alcides Villoria. (Fol. 153 del C. Nº 1).

13—De acuerdo con la escritura Nº 510 de la Notaría 2ª de Neiva, de 5 de octubre de 1923, Baltazar Díaz H. vendió al Dr. Leonidas Borrero B. el potrero del Yesal, que había comprado a María Amalia Navarro de Santacoloma. (Fol. 33 del C. Nº 1).

14—Escritura Nº 168 de la Notaría 2ª de Neiva, de 26 de mayo de 1932, Félix Tovar vendió al Dr. Leonidas Borrero B., el potrero El Higuerón que el vendedor adquirió de César Díaz P. (Fol. 29 del C. Nº 1).

15—En la escritura Nº 140 de la Notaría 2ª de Neiva, de 19 de febrero de 1928, Félix Tovar vendió al señor Leonidas Borrero D. "para la sucesión del Dr. Leonidas Borrero B.", un lote de terreno cultivado de cacao y plátano, con exten-

sión de una hectárea, 8.820 metros cuadrados, ubicado dentro del antiguo globo de tierras de Troya. El vendedor hubo por compra a Lucrecio y Arcelia Díaz R. (Fol. 27 del C. Nº 1).

16—Por medio de la escritura Nº 321 de la Notaría 2ª de Neiva, de 25 de abril de 1928, se hizo protocolización del juicio sucesorio del D. Leonidas Borrero B. Hijuela del heredero Rómulo Borrero D., a quien se adjudicó una tercera parte de la hacienda de Manila, compuesta por los potreros de El Fuerte, Emayá, La Gruta, Salado, Espejo, Goloso, Chircal y de las mangas de Cabanillas, Burro y Troya, y la labranza con acequia de regadío. (Fol. 23 del C. Nº 1).

17—Escritura Nº 524 de la Notaría 1ª de Neiva, de 28 de junio de 1943, por la cual Tulia Durán v. de Borrero, Rafaela, Elías, Leonidas, Félix, Daniel, Rómulo y Fidel Borrero D. y Mercedes Borrero D. de Londoño, declararon disuelta y liquidada la sociedad de hecho formada por los herederos del Dr. Leonidas Borrero B. Hijuela formada al partícipe Rómulo Borrero D., a quien se adjudicó en pago de su derecho de $ 18.000.00, la hacienda de Manila, compuesta de casa de habitación y de los lotes, labranza y potreros de que trata el punto que antecede. Se le adjudicaron, además, los potreros de Higuerón, Yesal, y el lote de una hectárea, 8.820 metros cuadrados, cultivado de cacao y plalanera. (Fol. 15 del C. Nº 1).

18—Consta de la escritura Nº 65 de 30 de enero de 1947, de la Notaría 2ª de Neiva, la protocolización del juicio sucesorio del Dr. Rómulo Borrero D. Hijuelas de Silvia, Rómulo y Alberto Borrero Brunner (menores). Recibieron derechos en la casa de la hacienda (parte alta y baja) de Manila, en la manga de El Salado, en la Labranza de Manila y en el potrero El Yesal. Se hicieron además estas adjudicaciones: a Silvia, los potreros de Emayá, un derecho de $ 3.673.90 en el del Fuerte y el lote de una hectárea con 8.820 metros cuadrados; a Alberto, el potrero Los Naranjuelos, el de La Gruta, y las mangas de Cabanilla, Espejo, Manila y Burro, y el lote de El Chircal; y a Rómulo, los potreros de El Goloso, El Higuerón y un derecho de $ 1.632.19 en el potrero El Fuerte. (Fol. 3 del C. Nº 1).

Al folio 8 del C. Nº 2 (diligencias sobre designación de curador ad-litem de los menores demandantes) se encuentra el certificado expedido el 14 de octubre de 1952 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Neiva, del cual aparece que los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, son dueños actuales de la hacienda de Manila, de conformidad con las tradiciones relacionadas anteriormente, a excepción de la zona ocupada por la carretera que conduce de Tello a Baraya, entre las abscisas K 4-500 a K 7-060 y K 8-600 a K 12-400 con una anchura de 20 metros, vendida a la Nación para dicha obra.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero:—Pertenece al patrimonio de los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, el petróleo y derivados de éste que puedan hallarse en el subsuelo de la finca rural denominada Manila, ubicada en el Municipio de Baraya, Departamento del Huila, compuesta de casa de habitación y de los potreros denominados Emayá, El Fuerte, La Gruta, Goloso, Capote, Salado, Espejo, Chircal y Cabanillas, la manga denominada Troya, la denominada Manila y la del Burro, una labranza de cacao, comprendido todo dentro de los siguientes linderos generales:

"De la voladora que divide el potrero de El Yesal que fue de Baltazar Díaz con el de La Gruta y el de Sucre de Roberto Arbeláez, en la quebrada de Emayá, por ésta aguas abajo, lindando con Querubín Manrique (hoy con sus herederos) hasta encontrar la voladora de este mismo que divide los potreros de Querubín Manrique de el de Emayá y el potrero de Lisandro Vanegas; de este punto mirando al Norte, por el cerco de dicho Vanegas, hasta encontrar el cerco de alambre de Alcides Villoria, donde hay un mojón de piedra marcado así AV/ de este punto mirando al Oriente, y siguiendo el cerco de alambre hasta encontrar la esquina del cerco donde hay un mojón de piedras, clavado con otra marca; de este punto, sobre el mismo cerco, mirando al Norte y subiendo a la cima hasta encontrar un mojón de piedra clavado que divide las cercas que fueron de Perdomo R. y de Alcides Villoria (hoy de sus herederos); de aquí en línea recta, hasta encontrar un igúa y una piedra clavada; de aquí hasta encontrar la acequia de Los Naranjuelos y el hilo de madera que divide el potrero de Emayá de la finca de El Cucharo, propiedad de Alcides Villoria; en este punto se encuentra un cerco de piedra que encierra el potrero de Goloso; de este punto mirando al Norte por dicho cerco donde hace una esquina, hasta encontrar el zanjón o brazuelo; por éste arriba hasta encontrar el río Guarocó; por este río aguas

arriba hasta encontrar en su margen derecha el mojón que se halla en la boca del riachuelo por donde corría la acequia del hoyo; siguiendo en recta por el canal considerado como lecho del río en la escritura por la cual compraron los señores Gabriel Perdomo y Angel Rojas, hasta encontrar un árbol ruso que queda a inmediaciones del punto anterior y a orillas del referido cauce; de este punto, línea recta, al actual cauce del río Guarcó que va a enfrentar con un árbol Caracolí a orillas de dicho río, éste arriba hasta encontrar el cerco de alambre que divide el predio de Rosendo Horta del mangón de Cabanillas; de este punto mirando al Sur sobre el mismo cerco, hasta encontrar un cerco de piedra; de este punto mirando al Oriente, hasta encontrar una piedra clavada al pie de un árbol y donde hay una voladora; de este punto mirando al Sur, sobre el mismo cerco, hasta encontrar la esquina donde se encuentra una piedra clavada; de este punto al Oriente, sobre el mismo cerco, al cerco del Higuerón, donde se encuentra en la cima un montón de piedras que sirve de mojón; de este punto mirando al Sur faldeando hasta encontrar el cerco de piedra que divide el potrero de El Yesal del potrero de El Fuerte; de este punto mirando al Occidente, hasta encontrar la esquina del cerco de piedra que divide el potrero de La Gruta del potrero de El Yesal y de este punto, mirando al Sur, hasta encontrar por el mismo cerco la quebrada de Emayá, primer punto de partida."

Segundo.—No hay lugar a costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial, y archívese el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Manuel Antonio Suárez Hoyos, Conjuez.—**Jorge García Merlano,** Secretario.

COMPETENCIA NEGATIVA ENTRE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE LOS DEPARTAMENTOS DE CORDOBA Y BOLIVAR, Y APLICACION DEL ART. 12 DE LA LEY 9ª DE 1951

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Néstor Pineda)

El 3 de octubre de 1949, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena admitió la demanda presentada por el doctor Simón Gómez de Lavalle, vecino de Cartagena, en su propio nombre y como apoderado de la señora Belén Lora González, vecina de Barranquilla y de otras personas vecinas de Montería, para que con audiencia del Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, se hicieran varias declaraciones relacionadas con la propiedad del petróleo que pudiera encontrarse en unos terrenos situados en jurisdicción de los municipios de Montería, San Carlos y Cereté. Citadas las partes para sentencia por auto de 19 de enero de 1951, un año y ocho meses después, o sea el 8 de septiembre de 1952, dispuso el Magistrado sulanciador remitir el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería "por razón de competencia (Artículo 12 de la ley 9ª de 1951)".

Por medio de la ley citada fue creado el Departamento de Córdoba, segregándolo del territorio del Departamento de Bolívar. El artículo 12 de dicha ley dispone: "Los negocios de orden judicial y administrativo, originarios de los Municipios que forman el Departamento de Córdoba y que en la actualidad cursan ante los funcionarios del Departamento de Bolívar, pasarán a conocimiento de las respectivas autoridades del Departamento de Córdoba."

El Tribunal Superior de Montería resolvió el 8 de febrero del año en curso declararse incompetente para conocer del negocio y devolverlo al Tribunal de Cartagena, el cual, considerando que había surgido entre los dos Tribunales una competencia negativa, dispuso remitir lo actuado a la Sala de Negocios Generales. Aquí se oyó el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil quien se expresa al respecto en los siguientes términos:

"La demanda fue instaurada ante el Tribunal Superior de Cartagena por el abogado e ingeniero doctor Simón Gómez de Lavalle "como interesado directo" y como apoderado de los herederos y causahabientes de los finados señores José Nicolás de Lora, Tomás de la Cruz Negrete y Luis Rojas. En ella el doctor Gómez de Lavalle expresa que es vecino de Cartagena. Además entre sus mandatarios figura la señora Belén Lora González, quien al otorgar el poder dice ser vecina de Barranquilla. Los demás poderdantes eran, en 1908, vecinos de Montería y Cereté, ciudades que como se sabe, están comprendidas en el actual Departamento de Córdoba. Por consiguiente, los demandantes son vecinos de tres Distritos Judiciales distintos, el de Cartagena, el de Barranquilla y el de Montería.

"Si todos fueran vecinos de un solo Distrito Judicial no habría problema en la aplicación de la norma contenida en el artículo 155 del C. J. de que en los juicios que se sigan contra el Estado, el Tribunal Superior competente es el del domicilio de demandante. Pero tratándose de demandantes y vecinos de diferentes Distritos, me parece razonable aplicar por analogía la regla del numeral 2º del artículo 152 del C. J. y así le correspondería, conocer del pleito, a prevención, al Tribunal escogido por el demandante.

"Es cierto que en este caso el demandante no podía escoger el Tribunal de Montería por no existir en la época en que se introdujo la demanda y que los terrenos materia de la acción se encuentran dentro del Departamento de Córdoba, pero habiéndose iniciado y adelantado el juicio en el Tribunal de Cartagena, hasta el auto de citación para sentencia, y no siendo este negocio originario de ninguno de los Municipios que forman la nueva entidad administrativa, lo procedente es que el Tribunal de Cartagena siga conociendo de él por haber sido el primero que aprehendió el conocimiento".

Para resolver, se considera: Por tratarse de la creación de un nuevo Departamento, segregado del de Bolívar, tenía la ley que dictar una norma especial que regulara la distribución de los

negocios en curso, entre las autoridades de los dos Departamentos. Así lo hizo la ley 9ª de 1951 en su artículo 12. Una sola condición señaló dicho artículo para que se enviaran a las autoridades de Córdoba los negocios judiciales o administrativos que cursaran ante los funcionarios de Bolívar: que hubieran tenido origen en Municipios del nuevo Departamento. En el negocio de que se trata, no puede decirse que él haya tenido origen en algún Municipio del Departamento de Córdoba.

No se trata de una competencia de las reguladas por el Código Judicial, sino una simple distribución del trabajo pendiente, reglamentada y dispuesta con buen sentido por la ley especial que creó la nueva entidad departamental. No dándose en el caso los elementos requeridos por la ley especial para que sea legal el envío del expediente al Tribunal Superior de Montería, debe resolverse la discrepancia en favor del mantenimiento de la jurisdicción en el Tribunal de origen, que es el de Cartagena.

En consecuencia, se resuelve: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena es el competente para continuar hasta su terminación el trámite del presente juicio. Devuélvase el expediente a dicho Tribunal para los efectos legales, e infórmese al respecto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA DE UN TERRENO BALDIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pinzón)

— I —

Algunos vecinos del Municipio de Gigante elevaron un memorial al Ministerio de la Economía para que el Gobierno ordenara practicar el deslinde de los terrenos denominados "Ciruelar" con los baldíos nacionales ubicados en la vereda llamada "Corozal" de aquel Municipio. Y para atender a aquella solicitud, el Gobierno dictó las Resoluciones número 27 de 24 de febrero de 1944 y número 87 de junio 14 de 1945, autorizando al Fiscal del Tribunal Superior de Neiva para iniciar las acciones ordinarias de declaración de dominio o reivindicatorias, "para reincorporar al patrimonio de la Nación" aquellas tierras.

El Fiscal, en efecto, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva una demanda para que con audiencia del señor Esteban Sierra, se declarara baldío de propiedad de la Nación "un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Gigante demarcado especialmente así: Occidente, terrenos de la finca "El Ciruelar" de don Esteban Sierra; Norte, terrenos que fueron de la extinguida comunidad norte de El Ciruelar; Oriente, la Cordillera Central; y Sur, la quebrada de La Honda".

Se pidió, además, en la demanda la restitución de dicho lote y el pago de frutos.

El demandado se opuso y presentó en la primera instancia un conjunto de documentos públicos, debidamente registrados, para acreditar su propiedad.

El Tribunal dictó en Sala de Decisión una primera sentencia con fecha 23 de septiembre de 1952, contra la cual concedió el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal; pero la Sala de Negocios Generales de la Corte encontrando que la providencia del Tribunal no había sido dictada por los seis Magistrados que lo integraban en aquel entonces, sino únicamente por tres de ellos, declaró nula la sentencia objeto del recurso y ordenó devolver los autos al Tribunal de origen para que dictara nuevo fallo con arreglo a la ley.

El 14 de abril de 1953 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva pronunció su fallo declarando que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda y absolviendo al demandado, señor Esteban Sierra, de los cargos del libelo.

El Tribunal no entró a considerar la cuestión sustancial de la propiedad por no haber acreditado, en su concepto, la Nación la existencia de la finca objeto de la demanda. Se expresa así el Tribunal:

"Pero si el Estado tiene en su favor una presunción de dominio que lo releva de demostrar su derecho frente a un particular, no por ello queda exonerado de evidenciar la existencia del fundo cuya restitución pretende, individualizándolo, pues la singularización de la cosa, que es uno de los requisitos de la acción reivindicatoria, es extremo que ha de aparecer probado plenamente en el juicio, por los medios probatorios ordinarios. No es éste un factor que se presuma como el dominio, en favor de la Nación. Si a ella pertenecen todas las tierras que dentro de sus límites carecen de otro dueño, y pretende reivindicar una porción de dichas tierras, es claro que ha de singularizar el predio, particularizándolo, porque de otro modo el objeto mismo del pleito se hace indeterminado. Si la acción reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, cierta y determinada, es obvio que ella ha de identificarse plenamente, a fin de precisar que lo que es materia de reivindicación por el demandante es lo mismo que posee el demandado.

"En el caso en estudio la Nación solicitó la reivindicación del lote de terreno a que se refiere la demanda, y el demandado aceptó ser su poseedor. Pero no se evidenció su existencia particularizándolo, como todo predio, por sus linderos, pues no hay prueba alguna al respecto. Una inspección ocular solicitada oportunamente en el juicio quedó sin practicar, porque la parte actora no suministró los elementos necesarios para la diligencia. Se ignora, pues, si el fundo que ha sido objeto de la demanda existe realmente y si es el mismo cuya posesión tiene el demandado".

— II —

Por apelación del Fiscal, se ha surtido ante la Corte el trámite legal correspondiente a la segunda instancia y debe procederse a decidir el recurso, considerando:

A petición del señor Procurador Delegado en lo Civil, se practicó por el Tribunal de Neiva, comisionado al efecto por la Corte, una inspección ocular en el predio objeto de disputa, a la cual concurrieron los peritos nombrados para ello, quienes posteriormente rindieron su dictamen. Después de inspeccionar la finca y de recibir las declaraciones de los testigos Rogelio Bermeo, Francisco Tierradentro, Alfredo Huergo y Enrique Cajian, el Magistrado que presidió la diligencia, dejó en el acta las siguientes observaciones:

"1ª Según la demanda, teniendo en cuenta la alinderación que ella cita en su petición primera, el lote materia de reivindicación, que se pretende baldío, es el que en el croquis levantado por el Inspector Nacional de Parcelaciones, señor Luis Enrique Amaya, figura como zona rosada y está comprendido por los siguientes linderos: por el occidente, terrenos de la finca El Ciruelar; por el sur, el curso de la quebrada La Honda hasta la parte alta de la cordillera; por el oriente, ésta hacia el norte hasta encontrar el punto medio entre las cabeceras de la quebrada de Cigante y la quebrada de La Honda; y por el norte, desde ese punto medio en recto hasta el mojón de Miraflores.

"2ª De acuerdo con el informe del nombrado Inspector de Parcelaciones y según el croquis por él levantado, el lindero oriental de El Ciruelar, de don Esteban Sierra, es una pequeña serranía que corta la quebrada de La Honda más o menos en frente al mojón de Miraflores; según los declarantes en esta diligencia y las pretensiones del demandado, ese lindero oriental no es dicha serranía sino la cordillera oriental en su parte alta. Esta es la diferencia de líneas, entre las cuales queda una vasta zona, a lo largo de la quebrada de La Honda, que puede considerarse como zona litigiosa en el presente juicio.

"3ª — Situado el personal inspector en la parte plana de la finca de El Ciruelar, o sea en su parte occidental y baja, cercana a la carretera que conduce a Garzón desde el Gigante, la sierra más alta desde allí visible es la parte de la cordillera que tuvo en cuenta el doctor Fernández para la alinderación del globo norte de El Ciruelar, como lindero oriental de dicho globo, al verificar su partición en mil novecientos diez y nueve, según puede apreciarse en el plano mismo por él levantado, que obra en el juicio.

"4ª — La serranía que el Inspector de Parcelaciones señala o considera en el croquis como límite oriental de El Ciruelar, también es visible desde la parte plana de éste, o sea desde su parte occidental.

"5ª — Si el lindero oriental de El Ciruelar del señor Sierra es la serranía a que se refiere el Inspector de Parcelaciones, es claro que no quedaría amparada por los títulos del demandado toda la zona de la hoya de la quebrada de La Honda que se extiende hacia el oriente desde dicha serranía, hacia la margen derecha. Pero si tal lindero oriental es la parte alta de la cordillera, obviamente los títulos de don Esteban le darían dominio sobre esa zona.

"6ª — En esta parte de terreno litigioso, que se encuentra en la fracción llamada de 'Cerozal', hay evidentemente numerosas posesiones o pequeñas parcelas, con cultivos de caña, café, pastos y establecimientos de molienda, de personas que le han comprado al señor Esteban Sierra los terrenos correspondientes, y de otras que se han establecido en ellos sin título de propiedad. Excluyendo esas parcelas lo demás está poseído por el demandado y explotado económicamente con ganadería".

En su dictamen, los peritos refiriéndose a los títulos del demandado y al informe del Inspector de Parcelaciones, que sirvió de base al Gobierno para autorizar la iniciación de este pleito, dicen lo siguiente:

"*Comentarios Topográficos.* — Del conocimiento que tuvimos de la Topografía del globo apreciamos el perfil en dirección oriente-occidente del terreno y que lo consideramos así: baja bruscamente desde el llamado 'Filo Azul' hacia el lugar donde se encuentran las fincas del señor Darío De La Espriella, continúa bajando más suavemente y de manera ondulada y alternada de planadas y lomas bajas hasta llegar al plan de la casa del 'Ciruelar'. Por este perfil conocemos y podemos decir con seguridad que la sierra más alta que desde la planada de la casa de 'El Ciruelar' se descubre hacia el Oriente, es el perfil del llamado 'Filo Azul' y que por apreciarse en una dirección sensiblemente paralela del río Magdalena, dá la impresión de que lleva la dirección Norte-Sur, aunque de una manera precisa la cima no tenga dicha dirección. Las pequeñas lomas cercanas a la cerca divisoria de los potreros del Morro y Calavera y del sitio de Miraflores, no se aprecian desde la plana de la casa de "El Ciruelar" como perfil de un filo definido, sino como lomas que siguen varias direcciones. Las cabeceras de la quebrada de La Honda apreciadas desde la planada de la casa de "El Ciruelar", se muestran como cortando el perfil de la cima del

"Filo Azul". Como ya lo dijimos anteriormente el "Filo Azul" no es la parte más alta de la Cordillera Oriental, aunque así aparezca o se vea desde la plana de 'El Ciruelar'.

"*Estudio de títulos.*—De los títulos que estudiamos todos relacionados al globo en discusión y que muestran cómo desde el año de 1844 hasta el presente ha venido ejerciéndose el dominio de propiedad, y teniendo en cuenta que sobre los linderos Sur, Occidental y parte del lindero Norte han sido aceptados por las partes que intervienen en el juicio, solamente consideramos necesario mostrar en este informe la relación del lindero Oriental y parte del lindero Norte, que han contribuído a formarnos el criterio definido para contestar, en las conclusiones de este informe, de manera categórica el cuestionario que nos fue propuesto.

"El título que de fecha más antigua conocimos, es la escritura sin número de 30 de agosto de 1844 de la Notaría de Garzón, por la cual José Manuel de Silva vende a sus hijos Pedro Crisólogo, Manuel Teodoro, Miguel Simón y Carlos María la hacienda de 'El Ciruelar'. Este título demuestra que en el citado año ya se ejercía derecho de dominio hasta el lindero Sur y Oriental relacionado en dicha escritura y que dice: '...siguiendo por el pie de la falda hasta dar en el peñón que se encuentra en la quebrada Honda al comenzar el playón de dicha quebrada que se extiende al lado del Norte, por esta quebrada arriba hasta el punto en que recibe las aguas de la Toma, por ésta arriba hasta las cabeceras del potrero Calavera, por donde corta a dar a las aguas de la citada quebrada Honda, por ésta arriba hasta sus cabeceras, de donde cruza la línea hacia el Norte, buscando el filo de la Cordillera más elevada que descubre, hacia el Oriente desde 'El Ciruelar', por él hasta enfrente del origen de la quebrada de El Gigante, por ésta abajo...' Por este título comprendimos que el globo del cual se disgregaron posteriormente 'Ciruelar Norte' y 'Ciruelar Sur' llegaba hasta las cabeceras de la Honda y seguía hacia el Norte por el filo más alto que se divisa desde 'El Ciruelar'.

"En orden de antigüedad sigue la escritura número 40 del 10 de abril de 1871, Notaría del Gigante, por la cual Pedro Crisólogo Silva vende sus derechos y acciones en 'El Ciruelar' a sus hermanos Manuel Teodoro y Miguel Simón Silva. El lindero Sur y Oriental dice así: '....donde la línea parte hacia el Sur por la cabecera de dicho potrero hasta dar a la quebrada de La Honda, por ella arriba hasta ponerse enfrente de la Cordillera más alta que se descubre desde 'El Ciruelar', por ésta hacia el Norte hasta ponerse enfrente de las cabeceras de la quebrada del Gigante, siguiendo el curso de ésta....'.

"En la partición efectuada en enero 27 de 1872 ante el Juzgado del Circuito y confirmada en El Cuamo por el Tribunal Superior del Estado el 12 de febrero de 1873, se dividió el globo Ciruelar en dos partes iguales, adjudicándole a los herederos de Miguel Simón Silva, el 'Ciruelar Norte' y a Manuel Teodoro Silva el 'Ciruelar Sur'. En esta partición se precisó la línea divisoria entre el 'Ciruelar Norte' y el 'Ciruelar Sur', que tomada del mismo título dice así:

'....pudiendo muy bien con esta circunstancia, hacerse la división en dos partes iguales, y para verificarlo conforme a la ley y a la justicia, debe hacerse de Oriente a Occidente para que cada una de las dos secciones toque igual porción de las dos clases de terreno como la del otro respectivamente. Basados en estos preliminares, procedimos a tomar cuatro medidas materiales de Sur a Norte en aquellos puntos en que variaba su extensión por interceder terrenos ajenos a la partición, como la casa, labranza, manga—sa (sic) del Ciruelar que conforme a la escritura, se compró por separado, y los potreros del Morro y Calaveras, extendiéndose las tierras por las cabeceras de éste hasta la quebrada de la Honda, cuya línea demarcatoria viene desde el desembogue de la zanja del Canal hasta enfrente de la casa del Ciruelar. Tomada la primera medida por el pie oriental de la loma Buitrera excluyendo los terrenos inútiles como lo dispone la Ley Civil en su artículo 2405 y hallada su mitad allí se colocó un lindero de piedra; de éste buscando la línea más corta a la parte más alta de dicha loma y siguiendo la misma línea recta hacia el occidente hasta dar con los cercos de chamba a barra del potrero del Cana y Playón, y volviendo hacia el oriente desde el mojón de piedra ya mencionado a ponerse enfrente de la casa del Ciruelar, cerca de una zanjita donde está puesto otro mojón; de allí tomando sobre la línea que viene de dicha casa hacia el Norte a dar a otro mojón que se encuentra inmediato a la zanja que se halla al pie de la loma Pedregal, de allí tomando hacia el Oriente a encontrar otro mojón en la faldita Norte de la zanja que llaman del Venado, de allí tomando sobre la línea hacia el Sur hasta dar a otro mojón que se halla a la falda opuesta de dicha zanja; de allí tomando hacia el Oriente por sobre otro mojón que se halla en el punto prominente de la que llaman Loma Gorda, siguiendo la misma rectitud hasta otro puesto en el punto del Mesón donde hay un mojón cerca de una casita donde habita Isidora Morales; de allí tomando sobre la línea hacia el sur a otro mojón

que se encuentra inmediato a otra casita donde vive Pedro... (sic) en el punto de Miraflores, de allí girando hacia el Oriente a buscar por medio de una línea recta el punto medio del trayecto que hay en la Cordillera Oriental desde donde es cortada por la quebrada Honda hasta ponerse enfrente de las cabeceras de la quebrada del 'Gigante'...' La diligencia de posesión de esta partición fue practicada el 3 de junio de 1873 por el Juzgado del Circuito del Gigante, diligencia en la cual se entregó al doctor Manuel Teodoro Silva y se declaró en posesión el terreno que formó el 'Ciruelar Sur'.

"Hacemos especial mención a que en este título se muestra que en el mojón de Miraflores la línea divisoria de los dos lotes continúa hacia el Oriente hasta el punto medio del trayecto que hay en la Cordillera Oriental desde donde es cortada por la quebrada de La Honda hasta ponerse al frente de las cabeceras de la quebrada del Gigante. Cabe anotar también que en esta partición nació el mojón del punto medio que sigue relacionándose en los títulos más recientes.

"Estudiamos también los títulos recientes relacionados con el 'Ciruelar Sur' hasta donde ellos vienen a darle el dominio de posesión a D. Esteban Sierra, que resumimos así:

"Escritura número 100 del 5 de mayo de 1876, Notaría de Garzón, por la cual el señor Manuel Teodoro Silva vende al señor Braulio Sierra, entre otros bienes, los terrenos de El Ciruelar por ubicación y linderos. Estos linderos corresponden exactamente a la parte Sur de la partición de El Ciruelar efectuada en el año de 1872.

"Escritura número 299 del 16 de marzo de 1879, de la Notaría del Gigante, por la cual se protocoliza el juicio de sucesión de la señora Paula Tovar de Sierra. En esta sucesión se adjudicó la mitad del Ciruelar Sur al cónyuge Braulio Sierra, y la otra mitad, en común a sus tres hijos legítimos Esteban, María Antonia y Felisa Sierra, basándose en los linderos dados en la escritura número 100 del 5 de mayo de 1876.

"Por las escrituras números 1.532 del 12 de agosto de 1905 de la Notaría 2ª de Bogotá, 324 del 3 de octubre de 1910 de la Notaría de Gigante, 436 del 5 de octubre de 1918 de la Notaría de Garzón, 85 del 26 de febrero de 1921 de la Notaría de Garzón, y 229 del 24 de abril de 1937 de la Notaría de Garzón, el señor Esteban Sierra compra a su padre, a sus hermanos y herederos sus derechos en el 'Ciruelar Sur' en la partición efectuada en 1872.

"Conceptuos al informe del Inspector de Parcelaciones.—Como el origen de la litis fue el informe del Inspector de Parcelaciones, que hemos tenido buen cuidado de estudiar, queremos mostrar varias apreciaciones en las cuales discrepamos fundamentalmente, así:

"1º—Por falta de conocimiento sobre los títulos anteriores al año de 1873, el señor Inspector consideró que la línea recta que va del mojón de Miraflores hasta el punto medio del trecho en que la sierra es cortada por La Honda hasta ponerse enfrente de las cabeceras de la quebrada del Gigante, debía seguir la dirección Sur. Esta interpretación es errónea ya que la partición de El Ciruelar en 1872 dice que la línea que va del mojón de Miraflores hasta el punto medio de la Sierra, parte hacia el Oriente. Transcribimos de esa partición: '...en el punto de Miraflores, de allí girando hacia el Oriente a buscar por medio de una línea recta el punto medio que hay en la Cordillera Oriental desde donde es cortada por la quebrada La Honda hasta ponerse enfrente de las cabeceras de la quebrada del 'Gigante'...'.

"2º—El señor Inspector deduce por la errada interpretación del punto anterior, que la línea que va del mojón de Miraflores al punto medio del trecho en que la sierra es cortada por La Honda, hasta ponerse en frente de las cabeceras de la quebrada del Gigante, corresponde a parte del lindero oriental, cuando en realidad corresponde al lindero norte del globo 'Ciruelar Sur'.

"3º—El señor Inspector considera que la sierra próxima al sitio de Miraflores y situada arriba de la cerca divisoria del Morro y Calaveras, es sobre la cual se debe tomar el punto medio para seguir al mojón de Miraflores. Esta consideración es inexacta porque siguiendo del mojón de Miraflores hacia el Oriente, como reza la partición del globo El Ciruelar en 1872, no encontramos dicha sierra.

"Además, hacemos notar que el señor Inspector de Parcelaciones no tuvo en cuenta que el globo de El Ciruelar se partió en 1872 en dos partes iguales en dirección occidente-oriente, y al aceptar como lindero oriental el considerado por el señor Inspector, el Ciruelar Sur queda de superficie mucho menor a la de Ciruelar Norte".

Finalmente, los peritos conceptúan:

"a) Sobre el terreno precisamos el lote delimitado en la declaración primera del libelo de demanda en armonía con los datos del informe del señor Inspector de Parcelaciones y del croquis elaborado por él.

"b) Identificamos también sobre el terreno el globo llamado, en títulos que emanan de 1872, 'Ciruelar Sur' o simplemente Ciruelar.

"Establecidas las comprobaciones a) y b), determinamos que el lindero oriental de la finca del Ci-

ruelar no corresponde a una línea continua, que se extiende, sin cambiar de dirección, desde el punto en que la quebrada de La Honda corta la Cordillera o sierra más alta que desde el Circular se descubre hacia el Oriente, siguiendo hacia el Norte por la misma sierra, hasta encontrar el mojón marcado con la letra L que está en el sitio de Miraflores". Esta línea descrita, en nuestro concepto, es una línea compuesta de dos alineamientos sensiblemente normales, así: 1º Una línea que pasa por la cima de la serranía más alta, que se descubre desde el Circular hacia el Oriente, y que principia en la quebrada de La Honda y termina en el punto medio en que la sierra es cortada por La Honda, hasta ponerse enfrente de las cabeceras de la quebrada del Giganto, y, 2º Una línea recta que parte del punto medio, que describimos como fin de la línea anterior, hacia el Occidente a dar con el mojón de Miraflores.

"También concluimos que la Cordillera o sierra que en los títulos se describe como la más alta que se descubre del Circular hacia el Oriente es el llamado 'Filo Azul', y concretamente exponemos, que las lomas próximas al sitio de Miraflores y situadas arriba de la cerca divisoria de los potreros Morro y Calaveras, no son para nosotros el lindero oriental del globo 'Circular'.

"De lo anterior deducimos que el globo del cual la Nación pide su reivindicación tiene su lindero occidental, que es la vez lindero oriental de los terrenos de Esteban Sierra, en la cima del llamado 'Filo Azul', que como hemos dicho en otra parte de este informe, no es la cima más alta o el de divorcio de aguas de la cordillera oriental. Por lo tanto, los terrenos comprendidos entre 'Filo Azul' y las lomas próximas al sitio de Miraflores y situadas arriba de la cerca divisoria de los potreros del Morro y Calaveras, que están dentro del globo litigioso, son de propiedad de don Esteban Sierra".

Dentro del término del traslado, el señor Procurador pidió ampliación del dictamen de los expertos por considerar que éstos no contestaron el punto b) del Capítulo V del memorial de pruebas, 'o sea, la identificación del globo de terreno denominado 'El Circular', en armonía con las declaraciones y linderos de que dan cuenta las escrituras públicas". En concreto, pidió que los peritos "fijaran con certeza, al tenor de los títulos que obran, cuáles son los linderos de "El Circular" y cuáles los que la Nación reivindica, demarcándolos con precisión a efecto de saber con exactitud si realmente lo que la Nación reivindica está comprendido en terrenos de propiedad particular, alinderándolos debidamente".

Los peritos doctores Jesús Antonio Flórez y Camilo Borrero contestaron así:

El perito Flórez:

"1º—Los títulos que cubren los terrenos de Esteban Sierra, van por su costado oriental hasta el llamado Filo Azul, que fue reconocido sobre el terreno por todo el personal que actuó en la diligencia.

"2º—Las lomas próximas y del lado sur del sitio llamado Miraflores que quedan situadas arriba de la cerca divisoria de los potreros de Morro y Calaveras y que son llamadas por el señor Procurador *cordilleras o sierras*, no son el Filo Azul lindero oriental de los terrenos Sierra, quedando, además, localizadas al occidente de éste y a una distancia no menor de un kilómetro.

"3º—Si el señor Procurador pretende reivindicar como de la Nación un terreno cuyo lindero occidental fuera las lomas cercanas al Morro y Calaveras, es decir, las descritas en el párrafo anterior, necesariamente incluiría parte de los terrenos cubiertos por los títulos de Esteban Sierra.

"4º—Si los terrenos que se pretende reivindicar para la Nación tienen su lindero occidental en el Filo Azul, dicho terreno no incluiría terrenos cubiertos por los títulos de Esteban Sierra".

El perito Borrero:

"1º—Los títulos de los terrenos de Esteban Sierra, comprenden por su costado oriental, hasta el llamado Filo Azul, filo que fue reconocido en la inspección ocular por todos los que en ella intervinimos.

"2º—Las lomas próximas y del lado sur del sitio llamado Miraflores que quedan situadas arriba de la cerca que divide los potreros 'El Morro' y 'Calavera', no son el lindero oriental de los terrenos de Esteban Sierra.

"3º—Si los terrenos que se pretende reivindicar como de la Nación, tuviesen como lindero occidental las lomas del 'Morro' y 'Calavera', incluirían terrenos cubiertos por los títulos de Esteban Sierra.

"4º—Si los terrenos que se pretende reivindicar para la Nación, tienen su lindero occidental en el llamado Filo Azul, dichos terrenos no incluirían terrenos cubiertos por los títulos de Esteban Sierra".

— III —

En su alegato de conclusión ante la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa:

"1º—Nuevamente podría llegarse a la conclusión de falta de identificación del terreno alegado por

la Nación, entre otras razones porque en la petición primera de la demanda del Fiscal no se determinó, ya que sencillamente se limitaba por el oriente con 'la cordillera oriental'.

"2º—Que al pedirse por este Despacho la ampliación del experticio, los señores Flórez (cuaderno número 5, fl. 64) y Borrero (fl. 72) disipan cualquiera duda al respecto en favor del demandado Esteban Sierra, según puede deducirse de la lectura atenta de las ampliaciones dadas.

"Como la Procuraduría Delegada en lo Civil, en su carácter de apoderado judicial de la Nación en esta clase de litigios, y según lo ha expresado reiteradamente, no puede ni debe desconocer las realidades legales ni asumir un papel contrario a la sensibilidad jurídica, que disminuiría su elevada investidura y su noble misión de colaborador leal de la justicia, está en la obligación moral de reconocer el derecho donde éste se halle.

"Mediante esa base de actuación, no tiene inconveniente en reconocer en el caso de autos que las pruebas producidas favorecen al demandado; y en consecuencia no se opone a que se confirme la sentencia apelada".

La Sala está de acuerdo con el señor Procurador en que con las pruebas producidas por la parte actora no se ha determinado suficientemente el bien raíz objeto de la demanda, pues los peritos mismos dudan de que el lindero occidental del terreno en disputa, según fue señalado en la demanda, llegue o no hasta las tierras amparadas por títulos de propiedad del demandado. Los expertos plantean, como consecuencia de sus dudas, un dilema cuyos dos términos favorecen la causa del demandado: Si los terrenos que la Nación pretende reivindicar tienen como lindero occidental el llamado *Filo Azul*, reconocido en la inspección ocular, quedan fuera de los títulos de Esteban Sierra, y como éste no los está poseyendo ni pretende dominio sobre ellos, no puede ser condenado a restituirlos; por el contrario, si el lindero occidental de los terrenos en disputa estuviera constituido por las lomas del Morro y Calavera, incluiría tierras cubiertas por los títulos de propiedad del señor Esteban Sierra, que son suficientes para destruir la presunción de ser baldías, al tenor de las reglas contenidas en la ley 200 de 1936. El demandado Sierra presentó oportunamente al juicio todas las escrituras públicas estudiadas por los peritos en su dictamen, lo mismo que certificados de los correspondientes Registradores de Instrumentos Públicos sobre vigencia de las respectivas inscripciones.

Conforme al artículo 3º de la citada ley 200, acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial superficiaria, y en consecuencia desvirtúan la presunción legal establecida por el artículo 2º de la misma ley "los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria".

De manera que sea por indeterminación del inmueble objeto de la demanda o porque él se halle comprendido por los títulos de propiedad del demandado, la acción reivindicatoria iniciada contra el señor Esteban Sierra por el representante de la Nación no puede prosperar, por lo cual la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia recurrida que fue dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con fecha 14 de abril de 1953.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga. Néstor Pineda. — El Conjuez, Manuel Antonio Suárez Hoyos. — Jorge García Merlano, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS EN SINIESTRO MARITIMO. — RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La declaración de responsabilidad debe hacerse sobre la base de que existen tres condiciones indispensables de la imputabilidad del acto dañoso que enseña Jeze, a saber: "La primera concierne a la situación jurídica del autor del daño con relación a quien debe responder de sus consecuencias: la segunda concierne a la naturaleza del acto dañoso: y la última, a las circunstancias del cumplimiento o ejecución misma de ese acto. Mas concretamente: es necesario que exista entre el autor del hecho y aquél a quien se hace responsable de sus consecuencias, una relación en virtud de la cual el primero esté al servicio del segundo, que el hecho que causó el daño sea culposo y que se haya realizado con ocasión del cumplimiento de la función o del servicio".

La primera condición para que exista responsabilidad la explica Chapus así: "Debe responder por el hecho dañoso realizado por otra persona, el que tiene derecho de darle órdenes o instrucciones sobre la manera de llenar las funciones para las cuales ha sido empleado", así se trate de una persona natural o jurídica o de una colectividad pública. Este derecho A DAR ORDENES deriva de la autoridad que una persona tiene sobre otra, o de un simple derecho de vigilancia o de control. (Nº 219)

La segunda condición, el citado autor la explica de la siguiente manera: "La responsabilidad del tercero, persona natural o jurídica, está condicionada a la comisión de una FALTA por el agente. Esta regla es sencilla y no sufre ninguna excepción. El civilmente responsable no responde del hecho sino del cuasi-delito de las personas de que la ley lo hace responsable". (Nº 221).

Y la tercera condición según el mismo tratadista, es que la relación entre el acto dañoso y la función debe ser, según Savatier, "a la vez una relación de tiempo y una relación de fin o de medio" (Nº 222). El agente ha debido cumplir el acto dañoso dentro del tiempo de la función o del servicio y es preciso que tenga con la función una relación de fin o de medio (Nº 223): es necesario que el agente haya realizado el acto con la intención de cumplir sus funciones, de alcanzar el fin de vista del cual éstas le han sido atribuidas o confiadas, o bien, que haya usado los medios que su trabajo ponía a su disposición al realizar el acto dañoso, (Nº 224).

La doctrina exige que el vínculo que debe existir entre el acto dañoso y la función sea "servio" (Mazeaud): que el acto tenga su causa así sea ocasional, en la función (Démogue); un lazo de causalidad, de conexidad, debe existir entre el acto y la función.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, primero de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

A las nueve y cuarenta y cinco minutos de la noche del 21 de noviembre de 1944, previo permiso de la Capitanía del Puerto de Cartagena, zarpó de éste con rumbo a Santa Marta la motonave "Miss C. B.", de propiedad del señor Eulogio Echeverri, transportando 700 bultos de malta con destino al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.

La motonave inició la marcha llevando todas las luces exigidas por los reglamentos de navegación marítima, y a una velocidad normal. Al ganar el sitio llamado Punta Arenas, frente a Manonal, y luego de pasar cerca a la boya de luz blanca que indica el canal allí existente, el marino que ocupaba el puesto de guardia de popa advirtió que en sentido contrario se aproximaba peligrosamente un "bulto", razón por la cual dió el correspondiente aviso al capitán. Este maniobró rápidamente, dando un viraje hacia babor, pero ello ya fue tarde, porque en ese preciso instante se produjo un violento choque contra la motonave, que muy pronto empezó a hundirse. La embarcación causante del siniestro, que resultó ser

un planchón o tractor marino de propiedad de la Tropical Oil Company al servicio de la Base Naval A. R. C. Bolívar, siguió navegando hacia la Base. Los náufragos de la Miss C. B., pudieron ponerse a salvo en su totalidad. Una lancha de la Base Naval de Cartagena contribuyó al salvamento. Todos los miembros de la tripulación de la motonave accidentada están acordes en afirmar que el siniestro se produjo a causa de que el planchón o tractor marino no llevaba las luces reglamentarias, por lo cual sólo pudo ser visto cuando ya no era posible maniobra alguna para esquivarlo.

La "Miss C. B.", cuyo hundimiento en aquel siniestro fue total, había sido matriculada como nave colombiana en servicio de cabotaje, en la Aduana de Buenaventura, y tenía una capacidad de transporte de 15 toneladas.

Con base en estos hechos, su propietario, señor Eulogio Echeverri, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria ante el Tribunal Superior de Cali contra la Nación colombiana, demanda en la cual solicita se hagan estas declaraciones:

"**Primero.**— La entidad jurídica denominada República de Colombia (la Nación Colombiana) está en la obligación de pagar al señor Eulogio Echeverri V., mayor de edad y vecino de Cali, al causarse la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de **cincuenta mil pesos** ($ 50.000.00) moneda corriente, o la suma que pericialmente se fije en caso de oposición a esta estimación, por concepto del valor de la nave o motonave "**Miss C. B.**", hundida en la bahía de Cartagena en la noche del 21 de noviembre de 1944. Declárese que la Nación es responsable de este hundimiento.

"**Segundo.**—La entidad jurídica denominada República de Colombia (la Nación Colombiana) pagará también al señor Eulogio Echeverri V., al quedar ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de **cincuenta mil pesos** ($ 50.000.00) moneda corriente, o la cantidad que pericialmente se fije en caso de oposición a esta estimación, por concepto de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), ocasionados al señor Echeverri V., como consecuencia de la pérdida de su mencionada nave en el accidente ocurrido en la bahía de Cartagena el 21 de noviembre de 1944 y que produjo el hundimiento de la nave mencionada".

Como fundamentos de derecho invoca el actor las disposiciones de los Arts. 326 a 328 del C. de Comercio Marítimo; 2341 y siguientes del C. Civil, 1613 y 1617 ibidem y 734 y siguientes del C. Judicial.

El Fiscal 2º del Tribunal de Cali dió respuesta al libelo reconociendo la veracidad de los hechos relativos a la pertenencia del señor Echeverri V sobre la nave Miss C. B., y a su matrícula en la Aduana de Buenaventura. Pero rechaza los hechos en que se dá cuenta del accidente, en cuanto en ellos se afirma que el siniestro se debió a la falta de luces reglamentarias en el planchón o tractor marino, y de paso anota que las declaraciones acerca del modo como se produjo el abordaje, de las cuales el actor deduce la responsabilidad de la Nación, son inaceptables por cuanto provienen de los tripulantes de la Miss C. B., dependientes todos, desde luego, del propietario de dicha Nave, señor Echeverri V.

Prueba del actor.

La demanda fue acompañada de los siguientes documentos:

1) Una copia al carbón del acta supletoria del Diario de Navegación, (cuyo original se perdió según se afirma, en el hundimiento) que se levantó por el capitán y tripulantes de la motonave Miss C. B., donde se relatan pormenorizadamente los detalles del siniestro. Está suscrita por el capitán E. Maldonado, el Ingeniero Sr. Macridis, el Contramaestre-timonel Eusebio Rodríguez y los marineros Ricardo Mejía, Angel Castro, José Fernández y Jesús Jiménez.

2) La patente de Navegación Nº 27 correspondiente a la embarcación Miss C. B., expedida por el Administrador de la Aduana de Buenaventura el 14 de septiembre de 1939. Allí constan las características de la nave matriculada.

3) Copia registrada de la escritura Nº 190 de la Notaría del Circuito de Cartagena, de fecha 22 de diciembre de 1944, por la cual se hizo protocolizar la **protesta** formulada por el capitán de la motonave Miss C. B., a raíz del accidente de que se trata.

4) Declaraciones de nudo hecho rendidas ante el Inspector Central de Policía de Cartagena en el mes de enero de 1945, por los tripulantes nombrados anteriormente, donde se hallan expuestos los pormenores del accidente de la noche del 21 de noviembre anterior. También rindió declaración el señor Elías Schamun, acerca de la hora en que zarpó la nave Miss C. B., hacia Santa Marta, y sobre el hecho de que dicha embarcación

tenía en perfecto funcionamiento todas las luces necesarias.

5) Copia al carbón de la solicitud elevada por el apoderado del señor Echeverri V., al Ministerio de Guerra solicitando el reconocimiento y pago de una indemnización por valor de $ 38.000.00, más un lucro cesante de $ 3.000.00 mensuales por el hundimiento de la motonave tantas veces nombrada.

6) Copia auténtica de la Resolución Nº 766 de 2 de mayo de 1946, dictada por el Ministerio de Guerra, en la cual se deniega la anterior petición, puesto que "los perjuicios deben establecerse mediante juicio civil ante las autoridades ordinarias....".

7) Recortes tomados de los periódicos cartageneros "Diario de la Costa" y "El Fígaro", que notician sobre el hundimiento de la motonave Miss C. B.

8) Copia registrada de la escritura Nº 127 de la Notaría Principal de Buenaventura, de fecha 23 de agosto de 1939, en la cual consta la venta de la mencionada embarcación, hecha por el señor Theo. Macridis, en representación de I. C. Huriten, al señor Eulogio Echeverri V., por la suma de U. S. $ 12.000.00.

9) El poder para promover la acción.

Durante el término probatorio de la primera instancia, el demandante hizo allegar al juicio las siguientes piezas:

a) Certificado sobre propiedad de la motonave Miss C. B., expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buenaventura, a favor de Eulogio Echeverri V.

b) Ratificación de las declaraciones rendidas extrajuicio por Esteban Macridis, Eugenio Maldonado, Elías Sebamun y Ricardo Mejía D.

c) Inspección ocular con peritos en la Base Naval A. R. C., Bolívar, diligencia en la cual se tomó copia del informe rendido por el Subteniente de Navío Carlos Muñoz C., al Comandante de dicha Base, Capitán de Corbeta Aureliano Castro, en torno al accidente de que se viene hablando, informe que lleva fecha 22 de noviembre de 1944.

d) Dictamen pericial basado en los documentos hallados en la Base Naval sobre el accidente.

e) Otro dictamen pericial rendido al Tribunal a quo por los expertos nombrados al efecto, que versa sobre el valor de los perjuicios materia de la demanda.

El fallo de primer grado.

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia fechada el 13 de noviembre de 1953, falló el litigio en el sentido de absolver de todo cargo a la Nación demandada. El fundamento de tal decisión se encuentra en los siguientes pasajes:

"A lo anterior se observa: el dicho de los peritos en cuanto hablan de la existencia de unas ordenanzas navales aprobadas por Resolución ministerial no hace prueba en este juicio, pues para tal efecto debió traerse una certificación emanada de autoridad competente o copia de las dichas ordenanzas y de la Resolución ministerial aprobatoria de ellas. En tratándose de resoluciones ministeriales o de reglamentos de la naturaleza del antes indicado, su conocimiento no puede presumirse por el fallador, ya que no se trata de una ley ni de un decreto dictado con base en la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno, de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Ley 153 de 1887...".

"...De establecerse legalmente que dentro de los reglamentos de navegación marítima que rigen en Colombia existe la indicación de las luces que deben llevar los buques en movimiento y a que los señores peritos aludén en su dictamen, es indudable, con base en el informe de la tripulación del tractor marino, que la situación del demandante cambiaría en un todo, pues habría logrado establecer así que en verdad al ocurrir el abordaje ya conocido, el tractor marino que ocasionó el naufragio del motovelero Miss C. B., no llevaba todas las luces reglamentarias que prescriben los reglamentos navales imperantes, con lo cual habría colocado ya en el terreno de la culpa a la entidad demandada. Mas, como tal comprobación no existe, forzoso es concluir que el actor no ha demostrado que el siniestro que ya se hizo alusión se debiera a culpa de los tripulantes del tractor marino que ocasionó el naufragio, y queda por lo tanto en pie la presunción de que el abordaje fue fortuito, según lo previsto en el artículo 326 del Código de Comercio Marítimo".

Recurso de apelación y pruebas de la segunda instancia

La sentencia aludida fue apelada. Concedido el recurso y tramitado por esta Sala en debida forma, se procede a dictar el fallo definitivo, siendo de anotar aquí que el negocio se abrió a prueba en esta segunda instancia, y que el actor, en orden a mejorar su situación jurídica, hizo allegar dentro del respectivo término las siguientes probanzas:

1) Copia autorizada de la Resolución Nº 410 de 5 de noviembre de 1935, por la cual el Ministerio de Guerra aprobó provisionalmente para el servicio del personal de la Armada Nacional, el **Manual de "Ordenanzas Navales"** de noviembre de 1932.

2) Copia del Capítulo XI, pág. 74 de dichas "Ordenanzas Navales", referente al "**sumario de las luces que deben llevar los buques en movimiento**".

3) Certificado expedido por la Inspección General de la Armada, que dice así: "1º—Que el "**sumario de las luces que deben llevar los buques en movimiento**", que aparece en la página 74 de las Ordenanzas Navales, aprobadas por Resolución Nº 410 de 5 de noviembre de 1935 (edición de 1935), constituye una síntesis del reglamento para evitar abordajes en el mar, insertado también en la misma publicación en las páginas 76 a 88, el cual es el resultado de Conferencias Internacionales para la seguridad de la vida humana en el mar.... 3º) Que, según lo expuesto en los puntos precedentes, las "Ordenanzas Navales", aprobadas por la Resolución Nº 410 de 5 de noviembre de 1935 del Ministerio de Guerra, estaban en vigencia el 21 de noviembre de 1944, en los puertos y mares de la Costa Atlántica...".

4) Copia autenticada de la guía de cabotaje expedida por la Administración de la Aduana de Cartagena el 21 de noviembre de 1944 para la nave "Miss C. B.", donde consta que la carga amparada con dicha guía iba con destino a Santa Marta: que el cargamento consistía en 700 bultos de malta nacionalizada, con un peso total de 28.420 kilos; valor $ 12.801.63; número del manifiesto de aduana 4699; reconocimiento V/P "Genevieve Likes" de oct. 30/44; "flete ton. $ 13.00 $ 499.48".

Argumentos de la Procuraduría Delegada.

En su alegato de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene primero que el actor ha incurrido en el error de situar la acción incoada en el campo de la responsabilidad civil de que trata el Título 34 del C. Civil, cuando en realidad se trata aquí de un asunto "mera y típicamente mercantil", y cita en apoyo de este aserto lo previsto en los Arts. 1º, 2º (numerales 7, 16, 17 y 18), 9º 10 y 23 del Código de Comercio Terrestre y Arts. 1º, 4º y 53 del Código de Comercio Marítimo. También transcribe sobre el particular algunos párrafos de la sentencia apelada, que en sentir del expresado funcionario, corroboran su tesis.

Pasa en seguida a referirse al dictamen pericial en lo relacionado con el uso de las luces en la navegación marítima, al que hace algunos reparos, que a decir verdad no se relacionan con el dictamen en sí mismo, sino a las declaraciones de los tripulantes del tractor y concluye manifestando que "no se observa de dónde pueda surgir responsabilidad o culpa de la Nación".

Consideraciones de la Sala.

El Tribunal del conocimiento, después de analizar con minuciosidad las pruebas y de estudiar con toda ponderación a cuál de los dos códigos, el Civil o el de Comercio Marítimo, debe someterse la controversia, desata la duda estimando que es al Código de Comercio Marítimo al que está sujeto el litigio, por cuanto sus disposiciones son pertinentes al caso, dado que el accidente se produjo entre dos embarcaciones en movimiento, la una al servicio de la Nación y la otra de propiedad particular, no llevando la primera las luces de navegación de ordenanza y la segunda sí.

Estudiada por la Sala la conclusión del Tribunal, la comparte en su plenitud, apartándose del respetable concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil cuando dice que el actor "anduvo errado al fundar sus pretensiones en el Título 34 del Código Civil" siendo el mercantil "el verdadero terreno jurídico" para la litis. A esto se observa que el actor en su demanda situó el pleito en derecho, en primer lugar en los artículos 318 a 328 del Código de Comercio Marítimo y en segundo término en los artículos 2.341 y siguientes y 1613 y 1617 del C. Civil.

Para absolver a la Nación de los cargos formulados en la demanda, el Tribunal Superior de Cali sólo encontró que faltaban algunos documentos —citados por los peritos— relacionados con los reglamentos de navegación marítima que rigen en Colombia con relación a las luces que deben llevar los buques en movimiento, que hubieran bastado para que prosperara la demanda, conforme lo dice en la parte de la sentencia transcrita atrás.

Pero resulta que, en esta segunda instancia ante la Corte, dentro del término probatorio, el actor produjo esos documentos, auténticos y expedidos por la autoridad competente. Son ellos:

1—Resolución número 410 de 1935 (noviembre 5) por la cual se aprueban provisionalmente y

ponen en vigencia las "Ordenanzas Navales" contenidas en el Manual de Ordenanzas Navales, referentes a las luces que deben llevar los buques en movimiento, que para el caso del tractor de la Nación deberían ser: "Verde a estribor, roja a babor y dos luces verticales a proa" y para la motonave "Miss C. B.": verde a estribor; roja a babor; blanca en el palo trinquete, elevada no menos de 25 pies".

2.—Certificado de la autoridad competente que dice: "3º—Que, según lo expuesto en los puntos procedentes, las "Ordenanzas Navales", aprobadas por la Resolución Nº 410 de 5 de noviembre de 1935 del Ministerio de Guerra, estaban en vigencia el 21 de noviembre de 1944, en los puestos y mares de la costa Atlántica de Colombia para las embarcaciones de la Armada Nacional, en lo que respecta al Reglamento para evitar abordajes en el mar". (Cuaderno 4, folios 6 y 7).

De la prueba que obra en autos se deduce lo siguiente, tomado del informe del oficial de Guardia de la Base Naval de Cartagena: el tractor y su remolque llevaban una luz roja colocada en el proa del bongo pequeño y una luz blanca en el cuerpo del tractor, (cuaderno 2, fol. 40 vto.), lo que significa, de acuerdo con las ordenanzas navales citadas, que el tractor no llevaba las luces de navegación de reglamento, y más bien la roja estaba colocada en la parte contraria. En cuanto al motovelero "Miss C. B.", éste acababa de zarpar del puerto, previo el permiso de la Capitanía, hecho este que indica que estaba cumpliendo los reglamentos marinos, pues de lo contrario, a esas horas de la noche, no habría podido emprender viaje. Esta afirmación consta del informe oficial rendido al Comandante de la Base Naval de Cartagena, así como del dictamen pericial, que dicen así:

A—**Informe.** "Atentamente informo a esa superioridad sobre el accidente de abordaje ocurrido entre la Goleta motovelero (Missibec) y el Tractor Marino que remolcaba un bongo con aceite, anoche a las 23-15 horas en los alrededores del sector denominado "Las Cuatro Calles", al Sur del Club Naval. Las declaraciones hechas por el Timonel y el Marinero del tractor dicen más o menos lo siguiente: Navegábamos hacia la Base cuando alcanzamos a ver una embarcación que navegaba en rumbo contrario y un poco abierta hacia nuestro babor, sin que ésta trajera luces de navegación. En estos momentos el tractor y su remolque llevaban una luz roja colocada en la proa del bongo pequeño y una luz blanca en el cuerpo del tractor visible hacia proa en un sector de 180º, además había buena claridad de luna lo que no nos explica cómo el Motovelero en lugar de abrirse hacia la banda de estribor se cerraba sobre babor como si fuera buscando el choque contra el bongo. Este se produjo en el costado de babor del bongo de aceite hacia proa, a pesar de la maniobra que hicimos dando todo el timón hacia la banda de estribor... Luégo el motovelero dió a nuestro alrededor tres vueltas y al final puso rumbo hacia el campo de aviación perdiéndola de vista y sin esperar a que le prestáramos algún auxilio...".

B—**Dictamen pericial.** Dicen los expertos, en primer término, que el tractor marino en el momento del accidente "realizaba el viaje que causó el accidente de la Miss C. B., por cuenta de la Base Naval, es decir, de la Nación colombiana, en cuanto que conducía petróleo, según el dicho informe, para la Base Naval de Cartagena". "Se trataba —responden más adelante los peritos— de un medio de transporte que funciona en la siguiente forma: dos (2) planchones, uno de los cuales, el que dice el informe que contenía agua, estaba amarrado al lado de estribor, y el otro, que es impulsado por la popa del planchón, que se dice contenía aceite o petróleo, los cuales los impulsaba la fuerza motriz del tractor marino, como puede verse en el croquis que nos hizo el Teniente Hans Gerdts, el que agregamos original a este peritaje para ilustrar el funcionamiento de este medio de transporte marítimo".

Respecto a las condiciones de viaje del expresado tractor marino, agregan: "Por la razón apuntada de la incineración de los libros de minuta de guardia de los Servicios de Puerto, no estamos en capacidad de saber si ese tractor estaba en buenas condiciones de navegación". Y añaden: "Tomando pie del informe tantas veces citado, que es un documento público u oficial, el planchón no tenía las luces reglamentarias, porque según las Ordenanzas Navales, que es una reglamentación internacional de navegación y que nuestro derecho reconoce, pues esas Ordenanzas Navales fueron aprobadas por Resolución Nº 410 de 5 de noviembre de 1935, del Ministerio de Guerra, en dicho código o estatuto, en su Cap. XI, pág. 74, se lee lo siguiente: **Sumario de las luces que deben llevar los buques en movimiento.** —Buque de vela —Verde a estribor; roja a babor.— Buque remolcando otro —Verde a estribor, roja a babor y dos luces verticales a proa".

De acuerdo con el referido informe y el croquis aludido, el medio de transporte mencionado de la Base Naval, que causó a produjo el accidente, tenía una luz blanca en popa, colocada en el tractor marino; una luz roja a estribor, pero en el bongo lleno de agua y ninguna luz en el bongo lleno de aceite:...". Para concluir, dan este último concepto: "...el planchón o tractor marino estaba arrendado a la Base Naval de Cartagena por la Tropical Oil Company", y por tanto, dicho vehículo estaba al servicio de la Nación...".

Todo lo anterior prueba satisfactoriamente que el accidente se produjo a causa de que el tractor al servicio de la Nación no llevaba todas las luces de reglamento, y las que llevaba, las llevaba mal, y, por consiguiente, deben necesariamente concluirse que la Nación ha quedado colocada en el terreno de la culpa.

La culpa

La declaración de responsabilidad debe hacerse sobre la base de que existen tres condiciones indispensables de la imputabilidad del acto dañoso, que enseña Jeze, a saber: "La primera concierne a la situación jurídica del autor del daño con relación a quien debe responder de sus consecuencias; la segunda concierne a la naturaleza del acto dañoso: y la última, a las circunstancias del cumplimiento o ejecución misma de ese acto. Mas concretamente: es necesario que exista entre el autor del hecho y aquél a quien se hace responsable de sus consecuencias, una relación en virtud de la cual el primero esté al servicio del segundo, que el hecho que causó el daño sea culposo y que se haya realizado con ocasión del cumplimiento de la función o del servicio".

La primera condición para que exista responsabilidad la explica Chapus así: "Debe responder por el hecho dañoso realizado por otra persona, el que tiene derecho de darle órdenes o instrucciones sobre la manera de llenar las funciones para las cuales ha sido empleado", así se trate de una persona natural o jurídica o de una colectividad pública. Este derecho a dar órdenes deriva de la autoridad que una persona tiene sobre otra, o de un simple derecho de vigilancia o de control. (Nº 213).

La segunda condición, el citado autor la explica de la siguiente manera: "La responsabilidad del tercero, persona natural o jurídica, está condicionada a la comisión de una falta por el agente. Esta regla es sencilla y no sufre ninguna excepción. El civilmente responsable no responde del hecho sino del cuasi-delito de las personas de que la ley lo hace responsable". (Nº 221).

Y la tercera condición según el mismo tratadista, es que la relación entre el acto dañoso y la función debe ser, según Savatier, "a la vez una relación de tiempo y, una relación de fin o de medio" (Nº 222). El agente ha debido cumplir el acto dañoso dentro del tiempo de la función o del servicio y es preciso que tengan con la función una relación de fin o de medio (Nº 223); es necesario que el agente haya realizado el acto con la intención de cumplir sus funciones, de alcanzar el fin en vista del cual éstas le han sido atribuídas o confiadas, o bien, que haya usado los medios que su trabajo ponía a su disposición al realizar el acto dañoso (Nº 224).

La doctrina exige que el vínculo que debe existir entre el acto dañoso y la función sea "serio" (Mazeaud); que el acto tenga su causa, así sea ocasional, en la función (Démogue); un lazo de causalidad, de conexidad, debe existir entre el acto y la función. (Nº 229). (René Chapus —Responsabilité Publique et Responsabilité Privée— París, 1954).

Hechas las consideraciones anteriores y demostrado como está en el proceso que los presupuestos de la acción han quedado establecidos, —culpa, interés jurídico del demandante y dependencia entre el autor del daño culposo y la Nación— es el momento de fallar, no sin antes estimar la cuantía de

Los perjuicios.

En el dictamen pericial, los expertos se expresan así sobre este punto: "Estimamos el precio comercial de la nave "Miss C. B." con todos sus enseres y aparejos, en la cantidad de **cincuenta y cinco mil pesos** ($ 55.000.00) moneda corriente". Y en cuanto al lucro cesante dicen: "...estimamos que la nave "Miss C. B." en las condiciones de navegación en que se encontraba al momento de su naufragio, estaba dejando a su propietario un rendimiento neto de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente mensuales. Esta cantidad multiplicada por los cuatro años (48) meses en que consideramos que podía rendir servicio normal la nave, dá un total de noventa y seis mil pesos ($ 96.000.00) moneda corriente. Pero como de esta apreciación hay que deducir el valor de las posibles reparaciones a que debía someterse la nave en el curso de los cuatro años con la consi-

guiente pérdida de tiempo aprovechable en transporte; los cambios continuos de maderas inutilizadas por la acción del mar, los trabajos constantes de pintura, y las informaciones que objetivamente hemos constatado (sic) en negocios de esta clase: consideramos que la deducción correspondiente a estos gastos representa la suma de $ 55.000.00 moneda corriente". Y terminan así: "En consecuencia, de común acuerdo conceptuamos que los perjuicios materiales sufridos por el señor Eulogio Echeverri V., propietario de la nave "Miss C. B.", incluyendo el lucro cesante, valen la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000) moneda corriente". Las cuatro cifras a que se refieren los peritos en su dictamen llevan a alguna confusión, en la forma como están explicadas, confusión que la Sala considera necesario aclarar como sigue:

1º—**El valor de la nave.** Para avaluar la embarcación se tiene en cuenta: a) el demandante pagó por ella el precio de U. S. $ 12.000.00 dólares, el 23 de agosto de 1939 (Cuaderno 1, fol. 33 a 35); b) antes de instaurar su demanda ante el Tribunal, le pidió al Ministerio de Guerra una indemnización de $ 38.000.00 colombianos por la pérdida de la motonave (ib. fol. 24); c) el demandante estima el valor de la "Miss C. B", en su demanda, en $ 50.000.00 (ib. fol. 64); y d) los peritos estiman ese valor en la suma de $ 55.000.00, moneda corriente (cuaderno 2, fol. 53 vuelto). La Sala, para regular ese avalúo, estima que el precio de la nave debe ser el que le señaló el demandante, por vía administrativa ante el Ministerio de Guerra, el 27 de abril de 1945, o sea la cantidad de $ 38.000.00 moneda corriente (Cuad. 1, fol. 35).

2º—**Daño emergente y lucro cesante.** Los peritos aprecian este renglón en la suma de $ 40.000.00 moneda legal, como se vió antes, después de hacer algunas posibles deducciones por concepto de los gastos que hubiera requerido la nave para su mantenimiento normal, durante cuatro años.

Para la Sala es más real y equitativo reconocerle al propietario por esos perjuicios, de acuerdo con la regla del artículo 1617 del Código Civil, atendiendo a que la obligación se contrae al pago de cantidades de dinero, fijando en concepto de daño emergente la suma de $ 38.000.00 moneda corriente y en concepto de lucro cesante lo que corresponde al interés legal de aquélla desde el día en que fue presentada la demanda hasta cuando se efectuó el pago.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali el 13 de noviembre de 1953, y en su lugar dispone:

Primero.—La Nación colombiana es responsable del hundimiento de la motonave "Miss C. B.", acaecido en la bahía de Cartagena en la noche del 21 de noviembre de 1944, embarcación de propiedad del señor Eulogio Echeverri V., mayor y vecino de la ciudad de Cali.

Segundo. Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor Eulogio Echeverri V., de las condiciones dichas, desde la ejecutoria de este fallo, el valor de la nave de su propiedad, a que se refiere el punto anterior, o sea la suma de $ 38.000.00, moneda corriente.

Tercero.— Condénase a la Nación colombiana a pagar al mismo señor Eulogio Echeverri V., por concepto de lucro cesante, los intereses legales del seis por ciento (6%) anual (Art. 1617 del C. C.), del capital anteriormente reconocido, contados desde la fecha de la presentación de la demanda hasta cuando se efectúe el pago.

No hay lugar a costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán. —Roberto Goenaga. — Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

PAGS.

— SALA PLENA —

Inexequibilidad de los artículos 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 del Código Contencioso-Administrativo (Ley 167 de 1941), sobre indemnización por trabajos públicos. Caracteres del acto jurisdiccional. — Jurisdicción especial de lo Contencioso-Administrativo. — La expropiación como fenómeno jurídico y como procedimiento. — La protección de la propiedad privada a cargo de la justicia ordinaria. — Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración. — La Corte declara la inexequibilidad del artículo 259 de la Ley 167 de 1941 y de los artículos 261 a 268 de la misma ley; estos últimos, sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración. Así mismo, la Corte declara que el artículo 270 de la misma ley es exequible. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda. 243

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Manuel Barrera Parra. 260

Salvamento de voto del Magistrado Doctor Luis E. Cuervo A. 261

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Domingo Sarasty Montenegro y Jesús Estrada Monsalve. 262

Aclaración a la sentencia anterior. — Efectos de la decisión de inexequibilidad. — Se resuelve la aclaración solicitada por el Procurador General de la Nación y otros ciudadanos a la sentencia de que dá cuenta los apartes precedentes de este índice. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda .. 264

Queja contra un Magistrado de Tribunal Superior. — Los Decretos Legislativos 3665 de 1950 y 1857 de 1951 referentes a sanciones a los funcionarios judiciales por el no despacho oportuno de los asuntos a su cargo, forman un estatuto conjunto o único y deben interpretarse relacionándolos entre sí. — Se absuelve al señor Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Dr. Arturo C. Posada de los cargos que se le formularon por actuaciones en el juicio ordinario de José Galeano contra sucesión de Luis Bernal. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 267

Exequibilidad del artículo 1º de la Ley 34 de 1932, por el cual se autorizó al Municipio de Barranquilla para el cobro de un impuesto.—La Corte declara la exequibilidad del artículo mencionado y que fue acusado de inconstitucionalidad por varios ciudadanos. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve. 277

Se abstiene la Corte de conocer de una demanda de inexequibilidad por hallarse suspendida la norma acusada. — La Corte decide que no es el caso de resolver en el fondo sobre la demanda de inexequibilidad presentada contra el aparte c), ordinal 1º del aparte d), ordinal 2º del artículo 7º y el artículo 122 de la Ley 3ª de 1945 sobre Código de Justicia Penal Militar. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 282

PAGS.

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con el abuso del derecho de litigar. — No es necesario que en el proceso estén plenamente acreditados los conocimientos o prácticas que se requieren en los peritos, para que pueda darse valor a un peritazgo. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario que por perjuicios inició Oliverio Castillo contra José Hernández y Ruperto Molina S. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 233

La prueba indiciaria no es admisible por sí sola para acreditar la filiación natural. Alcance de la soberanía de los Tribunales en la apreciación de los indicios. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Lucila Ramos o Escobar de Rodríguez, contra la sucesión de Assef Jorge Brenk Surete. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Pardo Dávila. 291

Pueden ser considerados como indicios graves que demuestran que un contrato es simulado la circunstancia de que él aparezca celebrado entre parientes próximos o entre amigos íntimos, la inhabilidad económica del comprador, la enajenación total del patrimonio por parte del vendedor, el precio irrisorio de la venta en relación con el justo valor de la cosa y, por último, las condiciones personales del aparente enajenante. — En virtud de sentencia de la Corte, pronunciada el 5 de octubre de 1954 (G. J. Tomo LXXVIII pág. 842) y en la cual se casó el fallo que había proferido el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario de Isaías León Archila contra Pedro Abel Rincón, se pronuncia la correspondiente sentencia de instancia. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra.... 301

Caso en que un auto que en sí mismo no es de comercio adquiere tal calidad porque quien lo realiza es un comerciante. — Soberanía del sentenciador de instancia en la apreciación de la prueba indiciaria. Cuándo puede variarse en casación esa apreciación de indicios. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario de Mercedes Uribe v. de Velásquez, contra Eloísa Vasco de Palomeque y otros. — Magistrado Ponente. Dr. Julio Pardo Dávila. 312

Procedimiento que debe adoptar el sentenciador cuando se trata de una situación de hecho no prevista por ley aplicable para dirimir el conflicto. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario seguido por José María Araújo contra Rafael Macías, sobre restitución de una suma de dinero. — Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse. 319

Acción de filiación natural. — La Corte decide casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario instaurado por Alfonso y Octavio Herrera o Quintero contra Inés Rojas v. de Herrera y otros, sobre el objeto expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse. 324

Con fundamento en la causal sexta de casación no puede tratarse lo relacionado con la personería sustantiva de una de las partes. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio sobre filiación natural seguido por Carmen Emilia Zapata v. de Vélez (en nombre de sus menores hijas Gladys, Luz Mery y Cecilia Zapata o Moncada), contra los herederos de Luis Angel Moncada. Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre. 333

El error común como fuente de derecho. Validez de una escritura cuya matriz no fue firmada por el notario. — En el juicio ordinario seguido por Carmen Lalinde de Gaviria contra Carlos Flórez y otros, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín y revocando la de primera instancia, declara válida en todas sus partes la escritura Nº 4058 de 1945, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Medellín. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 338

PAGS.

Acción reivindicatoria. — No anula lo actuado la omisión„ en la demanda, de alguno o algunos de los poseedores de una finca, cuando ellos no lo son de cuota en un terreno proindiviso y han sido condenados a devolver lotes determinados y no cuota de un bien. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Celedonio Guatavita Rodríguez, Eliécer Gutiérrez y otros, como comuneros de la hacienda de "San Cayetano", ubicada en los Municipios de Almeida y Ubalá, contra Pedro Aldana y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prado. 347

No invalida el instrumento el solo hecho de que uno de los otorgantes no figure como tal en la introducción. — La Corte resuelve en el recurso de casación interpuesto por el actor en el juicio de Nelson Serrano contra los herederos de Francisco Rivera Escobar, no casar la sentencia que en dicho juicio profirió el Tribunal Superior de Cali. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 352

Recurso de hecho. — Falta de personería en el heredero no demandado en juicio sobre filiación natural para interponer el recurso de casación contra la sentencia que declara la paternidad. — Intervención adhesiva litisconsorcial y simple. En el juicio que sobre filiación natural promovieron Vicente Garibello Zambrano y María del Carmen Garibello Zambrano contra los herederos de Vicente Garibello Murillo, la Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por la señora Ricarda Garibello de Tafur en su calidad de coadyuvante de la parte opositora en el juicio. Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 362

Prueba del ánimo de señor o dueño en el demandado en acción reivindicatoria cuando éste niega su calidad de poseedor. .. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario seguido por Salomón Rangel y otros contra Saúl Rangel Villalba. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel. 365

El accionista de una Sociedad Anónima disuelta y liquidada no queda libre del pasivo social por la sola circunstancia de que el liquidador no proveyera al pago de las deudas, antes de distribuir bienes entre los accionistas. — En el juicio seguido por "Tejar de Santa Mónica S. A.", contra Carlos A. Sardi G., sobre pago de una suma de dinero, se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en dicho juicio el 27 de septiembre de 1954. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.. 372

Cuando existe un documento queda descartada la noción de sociedad civil de hecho. La sociedad entre personas no comerciantes para la producción de ganados no es comercial. — Causal segunda de casación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha diez y nueve de noviembre de 1952, dictada en el juicio ordinario de Angélica Rosas contra Jesús Bernal sobre liquidación y partición de una sociedad. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila. 377

Acción reivindicatoria. — Valor que tiene en las acciones reivindicatorias las hijuelas de adjudicación aprobadas en juicio de sucesión. — En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Apolinar Mejía, contra Alfonso García B. y Julio Roberto Arteaga, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira y revocando la de primera instancia absuelve a los demandados de los cargos que les fueron formulados en la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse. 388

Acción de dominio. — Error de hecho en casación. — Autonomía del Tribunal de instancia para valorar un dictamen pericial. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Luis Angel Osorio contra Guillermo Galindo Cruz. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse. 392

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá pronunció en el juicio ordinario iniciado por Aurelia Díaz

Págs.

v. de Ortiz contra la sucesión iliquida de Daniel Ortiz Herrera.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 397

Alcance del artículo 2083 del Código Civil. Es preciso liquidar la sociedad de hecho para poder retirar los bienes aportados a ella. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por Eduardo Rubio Rubio contra los sucesores de Angel María Palma. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 401

Contra el auto que aprueba la liquidación de costas no existe en la Corte recurso alguno. La Corte resuelve sobre un memorial suscrito por el abogado Ricardo Uribe Holguín en referencia a un auto de la Sala de Casación Civil que aprobó la liquidación de costas a que condenó la sentencia de casación proferida en el juicio seguido por Julio Duque contra la Sra. Celia Duque de Duque 406

Multa de arrepentimiento. — Arras y sus clases. — Obligaciones Naturales. — Promesa verbal de venta de inmuebles. — Enriquecimiento sin causa. — Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona, el 20 de agosto de 1954 en el juicio ordinario de Teófilo Castillo contra José Santana Chacón sobre restitución de una suma de dinero. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra. 407

Demanda sobre declaración judicial de pertenencia por prescripción extraordinaria. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la proferida por el Juzgado Octavo del Circuito, por medio de la cual se denegaron las peticiones de la demanda especial de pertenencia, instaurada por el señor Eduardo de la Cuadra. — Magistrado Ponente: Doctor Agustín Gómez Prada. 418

Interés jurídico de los legatarios en la partición de bienes de un juicio sucesorio. — La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga el 21 de junio de 1954, por la cual confirmó la del Juzgado del conocimiento aprobatoria de la partición hecha en el juicio sucesorio de Carlos García Henao. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 423

Acción reivindicatoria. — En el juicio ordinario promovido por Eduardo Díez S. Rosa María Díez de Ruiz y otra, como herederos de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga, contra Francisco Luis Acosta, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín y revocando la de primera instancia decide en favor de las pretensiones de los demandantes. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel. 426

Reivindicación. — Interrupción de la prescripción. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio promovido por José Bohórquez contra Luis Carlos Díaz. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel.... 431

Acción reivindicatoria. - Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Gilberto Herrera contra Fabriciano Bedoya, y como Tribunal de Instancia absuelve al demandado de los cargos formulados en la demanda inicial del juicio. — Magistrado Ponente: doctor José J. Gómez R..... 434

Posesión notoria del estado civil de hija natural. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja con fecha 30 de junio de 1953, en el juicio ordinario de María Edelmira Vargas contra Concepción Cuñino v. de Nieto y otra. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila. 437

Demanda sobre pagos de unos honorarios profesionales. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario promovido por el Dr. Pablo A. Vaca Torres contra la sociedad Cooperativa de Transportes de Oriente Limitada. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel. 444

Acción rescisoria de un contrato de compraventa por vicios ocultos de la cosa vendida. La Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de

Págs.

octubre de 1954, en el juicio ordinario de Jorge Salcedo Morales contra Alfredo Muñoz y Droguería Jaramillo Mora & Cía. Ltda. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 448

Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores. — Si al padre se presume responsable cuando ejerce la patria potestad en el caso del artículo 2347 del Código Civil, nada impide que conforme a la norma común del artículo 2341 ibidem, se pruebe la culpa de la madre en la vigilancia del hijo, para que se demuestre su propia responsabilidad. — Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Popayán profirió el 29 de septiembre de 1954, en el juicio ordinario que por perjuicios inició Leonor Gamboa contra Enrique Antonio Mosquera Wallis y otra. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 456

Ejecución de sentencias de Tribunales extranjeros. — Sistema de la reciprocidad diplomática y legislativa. — Prueba de la ley extranjera. — La Corte no accede a la solicitud presentada por Bosco Cimini para que se declare que deben cumplirse en Colombia las sentencias del Tribunal Civil de Roma, Sala II, de 21 de diciembre de 1931, y de la Corte de Apelación de Roma, Sala Civil, de 27 de diciembre de 1939, dictadas en la causa comercial seguida por el peticionario contra Rosa Quijano de Cárdenas y Cecilia Quijano de Echeverry. Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra. 462

La simulación y su prueba por las partes y por terceros. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Carmen Rosa Suárez v. de Contreras, contra Emma Vega vda. de Suárez y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra. 468

Las relaciones sexuales estables y notorias en la investigación de la paternidad natural. — Los errores de hecho y de derecho en casación. — La Corte no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, de fecha 27 de septiembre de 1954, en el juicio ordinario seguido por Mariana Sandoval, en nombre de sus hijos menores Myriam y Luis Alfonso Sandoval, contra los herederos de Rafael Ospina. Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 473

Acción de filiación natural. — La acción de filiación natural no conlleva necesariamente la acción de petición de herencia. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín pronunció en el juicio ordinario de Belsabé López contra Amalia Toro de Restrepo y otros, como herederos de Fortunato Restrepo. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila. 478

Acción de indemnización de perjuicios. — El insuceso de una demanda judicial no significa, por sí solo, abuso del derecho por parte del demandante. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario seguido por Edith Durret de Sellarés contra Ciro Castillo. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel. 485

SALA DE CASACION PENAL

Competencia para conocer por razón del lugar de un proceso por el delito de calumnia o de uno por el de injuria. — La Corte resuelve de una colisión de competencias suscitada entre los jueces de Garantías Sociales de los Departamentos del Atlántico y Bolívar, sobre un proceso que por los delitos de calumnia e injuria se sigue contra el Director del diario "El Nacional" de Barranquilla. — Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez. 492

Prescripción de la acción penal en caso de concurso de delitos. — Se confirma providencia del Tribunal Superior de Cartagena que ordenó cesar todo procedimiento contra el ex-Juez de Magangué, Dr. Electo Cáliz Amador; y para darle cumplimiento a solicitud del Procurador Delegado, se comisiona al Juez 1º Penal del Circuito de Cartagena para que investigue alguna actuación en el proceso. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez ... 495

Págs.

Peculado. — Falsedad. — Diferencias entre delito continuado y concurso formal de delitos. — Hurto necesario. — Se confirma auto de un Tribunal Superior en un proceso seguido por los delitos de peculado y falsedad cometidos por un Juez. — Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez. 498

Aún en ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, puede el juez elevar el mínimo de la sanción. — La falta de motivación de la sentencia no puede atacarse con base en la causal primera de casación.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Popayán profirió el 10 de septiembre de 1953, en el proceso seguido contra Luis Antonio Martínez Sandoval por el delito de homicidio cometido en la persona de Native Lazo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 502

Instigación para delinquir. — Se ordena cesar todo procedimiento contra el Dr. Pedro Nel Rueda Uribe, en la investigación promovida con motivo de las afirmaciones hechas por Ramón Manrique de supuesto delito cometido por aquél. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro... 505

Delito de violación de la reserva del sumario. — Delitos contra los funcionarios públicos. — Se confirma el sobreseimiento definitivo pronunciado por el Tribunal Superior de Quibdó en favor del doctor Neftalí Mosquera y Mosquera, Juez Penal del Circuito de Istmina. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra. 511

Impedimento. — Se declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, Dr. Alfonso Cardoza Ortiz, en el conocimiento del negocio que por un delito de peculado se adelanta contra el doctor Carlos Alberto Olano, ex-Juez de Menores del Circuito de Cali. - Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro. 514

Impedimento. — La Corte declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Gabriel Francisco Porras para conocer del negocio que se adelanta contra la señora Elvira Jaramillo o María Muñoz Ospina, por un delito de abuso de confianza. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro. 516

Condena condicional. — Técnica de casación. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio contra Humberto Mellizo por el delito de estafa. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez. 518

Recurso de revisión. — La Corte niega la revisión del proceso seguido en el Juzgado Promiscuo Municipal de La Palma y en el Juzgado Penal de ese Circuito contra Juan Nepomuceno Forero, por el delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez. 522

Cuestionarios que se someten al jurado de conciencia. — La premeditación en el delito de homicidio. — Se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Domingo Sepúlveda y Andrés Beltrán por los delitos de homicidio y robo, y se declara nula una actuación. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 526

Prevaricato y denegación de justicia. Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Barranquilla ordenó cesar el procedimiento adelantado contra el doctor Cástor A. Cepeda Molina, en su carácter de Juez Civil del Circuito de Sabanalarga, por los delitos de prevaricato y denegación de justicia — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 534

Extorsión y Chantaje. — Prueba testimonial. La Corte no invalida la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1953, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, por la cual se condenó a Luis Eduardo Urrea Duque por el delito denominado "de la extorsión y del chantaje". — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve. 536

Legítima defensa. — Prueba testimonial. La Corte invalida el fallo de 20 de febrero de 1954 dictado en el proceso seguido contra

Págs.

Braulio Antonio Bustamante por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro.. 544

Desistimiento. — Se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Pereira contra la sentencia del mismo Tribunal que absolvió al señor Fernando Franco Quintero por un delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro. 550

Demanda. — Se declara desierto el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Miguel Rodríguez León como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 552

Colisión de competencias. — Se dirime la colisión de competencias suscitada entre los jueces Segundo Superior de Pereira y Primero Superior de Manizales en la investigación adelantada contra Alfonso Aguirre y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve. 554

Colisión de competencias. — Se decide que la Corte no tiene competencia para dirimir una colisión de competencias entre dos jueces por cuanto no se llenaron las formalidades necesarias en dicho incidente. — Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro. 556

Demanda de casación presentada oportunamente por el Fiscal recurrente y recibida en la Corte después de vencido el término del traslado. — La Corte no accede a declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Buga contra la providencia del mismo Tribunal que absolvió a Pedro Antonio Saavedra Ocampo del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve. 558

Colisión de competencias. — Sustracción de estampillas. — Se dirime colisión de competencias suscitada entre los Jueces Primero Penal del Circuito de Pereira y Primero Superior de Manizales sobre el proceso adelantado a Javier Valencia Marín y otros por el delito de peculado. La Corte decide que es al primero a quien corresponde conocer de tal negocio. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada-Monsalve.. 560

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

El juez no puede calificar el mérito de las pruebas antes de pronunciar el fallo de fondo, ni rechazar por legalmente ineficaces unas cuya práctica ha solicitado una de las partes. — Se decreta la práctica de unas pruebas en el juicio de Instituto de Crédito Territorial contra el doctor Alvaro Andrade Montaño. — Magistrado Sustanciador: Dr. Néstor Pineda. 562

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — La Corte declara que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda propuesta contra la Nación por el Dr. Luis Ignacio Andrade y la señora Felisa Manrique de Andrade en el juicio ordinario respectivo. Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda... 564

El interesado en un juicio que le concierne puede presentar escritos, aunque no sea abogado inscrito, con la cooperación de quien lo es y de que asume la responsabilidad del escrito. Se revoca el auto del Tribunal Superior de Barranquilla por el cual se resolvió no dar curso a un memorial suscrito por el señor José Domingo Pumarejo, en la articulación tramitada con motivo de la demanda presentada por el Departamento del Atlántico para que se decretara contra las Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. la exhibición de sus libros de comercio. - Magistrado sustanciador: Dr. Roberto Goenaga. 572

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimentos petrolíferos. — En el juicio ordinario que con el objeto expresado siguió la señora Lilia Manrique de Camejo contra la Nación, la Corte absuelve a ésta última de todos los cargos formulados en la demanda inicial del juicio. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 576

Págs.

Propiedad del subsuelo petrolífero cuando el título emanado del Estado consiste en una venta en pública subasta de bienes de temporalidades. La justa prescripción como modo de adquirir el dominio de las tierras en la época colonial. — En el juicio ordinario instaurado por Alberto Hernández Mora ,obrando en su carácter de curador-ad-litem de los menores Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner, contra la Nación sobre propiedad del subsuelo petrolífero de la finca rural denommada Manila, ubicada en el Municipio de Baraya (Huila). La Corte falla de acuerdo con las pretensiones de la demanda.
Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 581

Competencia negativa entre los Tribunales Superiores de los Departamentos de Córdoba y Bolívar y aplicación del artículo 12 de la Ley 9ª de 1951. — Se resuelve que es la de la Competencia del Tribunal Superior de Cartagena el conocimiento del juicio seguido por Simón Gómez de Lavalle y otros contra la Nación sobre la propiedad del petróleo que pudiera encontrarse en unos terrenos situados en jurisdicción de los Municipios de Montería, San Carlos y Cereté. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda. 600

Acción reivindicatoria de un terreno baldío. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de fecha 14 de abril de 1953, pronunciada en el juicio seguido por la Nación contra el señor Esteban Sierra sobre el objeto expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda. 602

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados en siniestro marítimo. — Responsabilidad civil extracontractual. — La Corte revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali, el 13 de noviembre de 1953 en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Eulogio Echeverri V. contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga. 608

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXX - BOGOTA, COLOMBIA, JULIO DE 1955 - NUMERO 2155

S A L A P L E N A

SE CONCEDE EL PERMISO SOLICITADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, TENIENTE GENERAL GUSTAVO ROJAS PINILLA, PARA VISITAR A LA REPUBLICA DEL ECUADOR

REPUBLICA DE COLOMBIA
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

—

Bogotá, 22 de julio de 1955

Con el respeto debido a la alta dignidad de la Corte, me permito poner en conocimiento de los H. H. Magistrados que he aceptado la obligante invitación que de tiempo atrás me había formulado el Excelentísimo Señor José María Velasco Ibarra, Presidente de la hermana República del Ecuador, para visitar su país, y al efecto, se ha convenido el lapso comprendido entre el próximo 30 de julio y el 2 de agosto siguiente, salvo caso de fuerza mayor, para realizar el viaje.

No es necesario hacer presente a los H. H. Magistrados las conveniencias de índole internacional americana que este viaje comporta.

En consecuencia, espero que la H. Corte, siguiendo la práctica por ella establecida, se digne impartir el correspondiente permiso.

Hago propicia esta nueva oportunidad para reiterar a los H. H. Magistrados las seguridades de mi más alta y distinguida consideración,

(Fdo.), G. ROJAS PINILLA.

Al Señor

Presidente y demás H. H. Miembros
de la Corte Suprema de Justicia.

E. S. D.

CARTE SUPREMA DE JUSTICIA
Presidencia.

Bogotá, 23 de julio de 1955

Excelentísimo Señor:

Respondiendo a la atenta comunicación de Vuestra Excelencia dirigida a esta Corte Suprema de Justicia, con relación al permiso que se sirve solicitar para viajar al Ecuador, tengo la honra y la complacencia de transcribir la Resolución aprobada unánimemente por la Corporación en esta fecha:

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
EN SALA PLENA,

Considerando:

El Excelentísimo Señor Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, en comunicación de fecha 22 del presente mes, pone en conocimiento de la Corte que ha aceptado la invitación del Excelentísimo Señor Presidente de la República del Ecuador, Doctor José María Velasco Ibarra, para visitar aquel país hermano en el lapso comprendido entre el próximo 30 de julio y el 2 de agosto siguiente, y solicita a la Corte el correspondiente permiso para salir del territorio nacional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución, corresponde de ordinario al Senado de la República conceder permiso al Presidente para salir del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo.

La Corte tiene también esta misma atribución, de manera excepcional, en receso del Senado: dispone el artículo 303 de la Ley 4ª de 1913, en armonía con el artículo 123 de la Constitución, que las solicitudes de licencia, las excusas y las renuncias del Presidente de la República se presentarán ante el Senado, y en receso de esa corporación, ante la Corte Suprema de Justicia. Estas disposiciones de la Constitución, y de la ley, le dan a la Corte la atribución de resolver sobre las excusas, licencias y renuncias que le someta el Presidente de la República, en receso del Senado. La excusa, la licencia o la renuncia, si se resuelven favorablemente, conducen al no ejercicio del empleo. En la competencia de la Corte Suprema de Justicia va, pues, envuelta la facultad de resolver sobre el hecho de que el titular de la Presidencia de la República se separe del ejercicio de su cargo.

Cuando el primer mandatario viaja en visita oficial a otro país, se produce mientras tanto el el no ejercicio de la Presidencia en el territorio nacional. De consiguiente, el permiso contemplado en el artículo 128 de la Constitución es una licencia sui generis que suspende transitoriamente el ejercicio de las funciones presidenciales en el territorio de la República, y queda comprendido dentro de las atribuciones constitucionales y legales que al respecto puede ejercer la Corte Suprema de Justicia en receso del Senado.

El Presidente de la República, en la visita que proyecta al país hermano, habrá de ejercer funciones constitucionales inherentes a su cargo como supremo director de las relaciones diplomáticas con las demás potencias o soberanos, sin perder su investidura presidencial ni las prerrogativas y preeminencias que tiene como Jefe del Estado.

El Excelentísimo Señor Presidente de la República en su aludida comunicación expresa a la Corte que no es necesario poner de manifiesto "las conveniencias de índole internacional americana que este viaje comporta".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, concede al Excelentísimo señor Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, el permiso solicitado.

Transcríbase al Excelentísimo Señor Presidente de la República y publíquese en la Gaceta Judicial."

Me valgo de la ocasión para reiterar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Roberto Goenaga.

Al Excelentísimo Señor
Presidente de la República
Teniente General
Gustavo Rojas Pinilla

E. S. P.

ACTA DE POSESIÓN DEL SR. BRIGADIER GENERAL GABRIEL PARIS DEL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE PLENA

Acta de posesión del señor Brigadier General Gabriel París del cargo de Presidente de la República de Colombia, ante la Corte Suprema de Justicia.

En la ciudad de Bogotá, D. E., capital de la República, a las siete horas del día 30 de julio de 1955, en el Salón Principal del Palacio de San Carlos, se constituyó la Corte Suprema de Justicia en sesión plena extraordinaria, presidida por su Presidente, el H. Magistrado Dr. Roberto Goenaga, con el objeto de posesionar al Sr. Brigadier Gral. Gabriel París Gordillo, Ministro de Guerra, como Presidente encargado de la República, en virtud del permiso que la Corporación concedió al Excelentísimo señor Presidente Titular, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, y en armonía con lo previsto en el artículo 5º del Acto Legislativo número 1 de 1954.

Presentes todos los Honorables Magistrados, doctores Roberto Goenaga, Presidente de la Corte; Luis Felipe Latorre, Vicepresidente; Manuel Barrera Parra, Aníbal Cardoso Gaitán, Luis Enrique Cuervo A., Jesús Estrada Monsalve, Ignacio Gómez Posse, Agustín Gómez Prada, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Ricardo Jordán Jiménez, Julio Pardo Dávila, Néstor Pineda, Domingo Sarasty Montenegro, Luis Zafra y Alberto Zuleta Angel, y el suscrito Secretario General de la Corte doctor Ernesto Molendro Lugo.

Ocuparon puesto de honor en el recinto, Su Excelencia el Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, los señores Ministros doctor Lucio Pabón Núñez, de Gobierno; doctor Evaristo Sourdis, de Relaciones Exteriores; doctor Luis Caro Escallón, de Justicia; doctor Carlos Villaveces, de Hacienda; doctor Juan Guillermo Restrepo, de Agricultura; doctor Cástor Jaramillo Arrubla, de Trabajo; doctor Bernardo Henao Mejía, de Salud Pública; doctor Manuel Archila Monroy, de Fomento; doctor Pedro Manuel Arenas de Minas y Petróleos; doctor Aurelio Caicedo Ayerbe, de Educación; señor Brigadier General Gustavo Berrío, de Comunicaciones; y señor Contralmirante Rubén Piedrahita, de Obras Públicas.

También ocuparon puesto de honor en el recinto: El señor Brigadier General Alfredo Duarte Blum, Comandante de las Fuerzas Militares.

El señor Brigadier General Rafael Calderón Reyes, Jefe del Estado Mayor General.

El señor Brigadier General Pedro A. Muñoz, Comandante del Ejército.

El señor Capitán de Fragata, Jaime Erazo, Comandante de la Armada.

El señor Coronel Alberto Powels, Comandante de las Fuerzas Aéreas.

El señor Brigadier General Deogracias Fonseca, Comandante de las Fuerzas de Policía.

El señor Brigadier General Rafael Astorquiza, Cuartel Maestre General.

El señor Coronel Rafael Navas Pardo, Comandante de la Brigada de Institutos Militares.

El señor doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, Procurador General de la Nación.

El señor Coronel Alberto Ruiz Novoa, Contralor General de la Nación.

El señor Coronel Ignacio Rengifo, Jefe de la Casa Militar.

El doctor Carlos Mario Londoño, Secretario General de la Presidencia.

El doctor Luis Landazábal Reyes, Secretario Jurídico.

El doctor Alvaro Ortiz Lozano, Secretario de Asuntos Técnicos y Económicos.

El doctor Rafael Torres Quintero, Secretario Privado de la Presidencia.

El doctor Jorge Luis Arango, Jefe de Información y Prensa.

El Teniente Coronel Alfredo Angel Tamayo, Director de Protocolo.

El señor Coronel Alfredo Pontón, Edecán del Ejército.

El señor Teniente de Navío Jairo Mantilla, Edecán de Marina, y

El señor Teniente Rafael Gelves, Edecán de Policía, a más de otras altas personalidades oficiales.

El señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia declaró abierta la sesión, en la hora y fecha señalada por la Corporación, tras de tener en cuenta el inciso 3º del artículo 31 del Código Judicial, e inmediatamente el señor Brigadier General Gabriel París G. tomó posesión como Encargado de la Presidencia de la República durante el lapso que

permanezca en la hermana República del Ecuador su Excelencia el Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, Presidente Titular, y prestó el juramento referido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, en la siguiente forma:

Preguntó el Honorable Magistrado Presidente doctor Roberto Goenaga:

"Señor Brigadier General don Gabriel París G.: "Juráis desempeñar el cargo de Presidente de la República, cumpliendo fielmente la Constitución y Leyes de Colombia?" Y respondió: "Juro a Dios cumplir fielmente la Constitución y Leyes de Colombia".

Dijo el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia: "Si así lo hiciereis, Dios y la Patria os lo premien; y si no, El y ella os lo demanden".

Entre el Honorable Magistrado Presidente doctor Roberto Goenaga y el Excelentísimo señor Presidente encargado Brigadier General Gabriel París G., se cruzaron los discursos de estilo.

Siendo las siete horas veinte minutos el Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, levantó la sesión, después de haber sido leída y aprobada la presente acta.

Bogotá, treinta de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Firmados): El Presidente de la República, G. PARIS.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia,

Roberto Goenaga

Los Honorables Magistrados,

Luis F. Latorre H., Josús Estrada Monsalve, José Hernández Arbeláez, Alberto Zuleta Angel, Luis Enrique Cuervo, José J. Gómez R., Ricardo Jordán Jiménez, Agustín Gómez Prada, Néstor Pineda, Luis Zafra, Manuel Barrera Parra, Julio Pardo Dávila, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Domingo Sarasty M. — El Secretario General,

Ernesto Melendro Lago

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL PRESIDENTE DE LA CORTE, DR. ROBERTO GOENAGA, EN EL ACTO DE POSESION DEL PRESIDENTE ENCARGADO, BRIGADIER GENERAL GABRIEL PARIS

"Excelentísimo señor:

"Por fugaz que sea el paso de un colombiano en la presidencia de la República, no deja de ser su mayor consagración, porque basta ocupar siquiera por un instante el Solio de Bolívar para quedar ungido, para siempre, de la ciudadanía en toda su plenitud.

"Y vos lo merecéis, señor, porque corre por vuestras venas sangre de juristas y de militares, comunión ésta que os ha hecho destacar como jefe de las fuerzas armadas y como celoso vigilante de la justicia en el ministerio del ramo. Por ello la Corte Suprema de Justicia de Colombia confiadamente espera que vos, siguiendo las enseñanzas del Jefe del Estado que os entrega el mando por pocos días, continuaréis haciendo brillar la justicia con los alamares de pundonoroso militar y con vuestras tradiciones de jurista, para que la nación siga creyendo en ella, que felizmente es prenda cierta y segura para el respeto del patrimonio moral, intelectual y material de los colombianos.

"Vuestra lealtad de hombre de armas, vuestro patriotismo de buen hijo de Colombia y vuestra fe en Dios, de ejemplar cristiano, os harán cumplir bien y fielmente el juramento que acabáis de prestar".

NOTAS CRUZADAS ENTRE EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL SEÑOR GERENTE DEL DEL BANCO DE LA REPUBLICA SOBRE LA ADAPTACION DE LA CASA DE MONEDA PARA LAS OFICINAS DE LA CORPORACION

REPUBLICA DE COLOMBIA — Corte Suprema de Justicia—Presidencia.

"Bogotá, 7 de julio de 1955.

Señor doctor Luis Angel Arango, Gerente del Banco de la República.

E. S. D.

Señor Gerente y distinguido amigo:

Tengo la honra de informar a usted, muy atentamente, que el edificio de la calle 11 de propiedad de esa institución, destinado a la Corte Suprema de Justicia, ya está listo para que pueda procederse a hacer las modificaciones que habían sido proyectadas por una comisión de la Corte y altos funcionarios del Banco.

Al agradecer al señor Gerente y a los señores miembros de la Junta Directiva de esa entidad el interés demostrado para que la Corporación quede dignamente instalada en dicha casa, me permito agregar que la Corte va a entenderse con los señores Ministros de Justicia y de Obras Públicas a fin de que al Banco se le pague por el goce de la nueva casa lo que hoy se paga por el arrendamiento de los locales que actualmente ocupa, cosa que apenas es de elemental justicia.

No me resta sino rogar al señor Gerente que en cuanto sea posible, las modificaciones referidas sean ejecutadas a la mayor brevedad, pues por causas que el señor Gerente conoce —y a que es ajeno el Banco desde luego—, la permanencia en los inadecuados locales que ocupa la Corte, se ha prolongado demasiado.

Aprovecho esta oportunidad para reiterarle, señor Gerente, las seguridades de mi más alta consideración y personal aprecio.

(Fdo.) ROBERTO GOENAGA".

BANCO DE LA REPUBLICA — Gerencia.

"Bogotá, 9 de julio de 1955.

Señor doctor Roberto Goenaga, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

L. C.

Respetado señor Presidente:

En relación con su fina carta de 7 del corriente mes de julio, me satisface de veras comunicarle que precisamente hoy he firmado el contrato en virtud del cual se realizarán los trabajos de adaptación del nuevo edificio de la Casa de Moneda a las necesidades características de la Honorable Corte Suprema, según lo que al respecto se ha proyectado.

La preocupación que me asiste en este sentido no es otra, naturalmente, que la de procurar que la obra en referencia se ejecute en las mejores condiciones, cuidando para ello aún de los aspectos más insignificantes. El Banco de la República registra con positivo agrado la posibilidad de que el Supremo Tribunal de Justicia del país cuente en breve lapso con una sede acorde con su elevada categoría, al menos mientras la nación está en capacidad de levantarle su propio palacio.

Compláceme sobremanera agradecer el generoso interés con que esa eminente Corporación desea colaborar para que las gestiones que este instituto adelanta en el Ministerio de Obras Públicas, relacionadas con la distribución del mencionado edificio, culmine con rapidez y en forma satisfactoria.

Con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo del señor Presidente, obsecuente y seguro servidor,

(Fdo.) LUIS ANGEL ARANGO".

DUELO DE LA CORTE POR LA MUERTE DE SU RELATOR DR. JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, expresa su pesar por la muerte prematura del Doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi, quien como Relator de la Corte fue excelente funcionario, ya que con su madurez jurídica y aplomado criterio colaboró siempre en forma ejemplar en la delicada tarea de extractar y publicar sus doctrinas, y por cuanto su intachable honorabilidad e inteligencia le hicieron acreedor a general aprecio.

Copia de esta proposición será enviada en nota de estilo a los hermanos del extinto.

Publíquese en la Gaceta Judicial."

(Proposición aprobada en sesión de Corte Plena verificada el día 6 de julio de 1955)

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JORGE SOTO DEL CORRAL

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, expresa su pesar por la desaparición del ilustre ciudadano Jorge Soto del Corral, quien con sus brillantes dotes de jurisconsulto honró al derecho colombiano y sirvió al país ejemplarmente como Decano de la Facultad Nacional de Derecho y Ciencias Políticas, profesor universitario y Conjuez de la Corte.

Copia de esta proposición será enviada en nota de estilo a los familiares del extinto.

Publíquese en la Gaceta Judicial."

(Proposición aprobada en sesión de Corte Plena de 6 de julio de 1955)

LA CORTE DEPLORA LA DESAPARICION DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE, DR. LUIS FELIPE ROSALES

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, deplora el fallecimiento, ocurrido en la ciudad de Cali, del Doctor Luis Felipe Rosales eminente jurista y ex-Magistrado de esta Corpo-

ración, en la que dejó claras huellas de su pericia en las disciplinas del Derecho, ciencia que supo cultivar con ejemplar probidad a lo largo de su meritoria vida.

En nota de estilo, transcríbase esta proposición a la viuda y hermanas del extinto.

Publíquese en la Gaceta Judicial."

(Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de fecha 6 de julio de 1955)

ACUERDO APROBADO EN SALA PLENA CON OCASION DE LA DESAPARICION DEL SR. IGNACIO GOMEZ RINCON

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, y

Considerando:

Que acaba de tener conocimiento de la muerte del señor Ignacio Gómez Rincón, padre del Dr. Ignacio Gómez Posse, muy distinguido Magistrado de esta Corporación,

Acuerda:

Acompañar al Dr. Ignacio Gómez Posse muy sentidamente en su justificado dolor y levantar la sesión en señal de duelo.

Copia de este Acuerdo se entregará al Magistrado Dr. Gómez Posse y se insertará en la Gaceta Judicial.

Dado en Bogotá, a 21 de julio de 1955."

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 10, 11 y 12 DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 656 DE 1953, SOBRE CREACION DE UNOS IMPUESTOS CON EL OBJETO DE ATENDER A LA CONSTRUCCION DEL HOSPITAL DE BARRANQUILLA, ACUSADOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.—Reitera la Corte lo dicho en sentencia de 19 de abril de 1955, sobre el alcance de las facultades del Presidente de la República durante la turbación del orden público. (G. J. número 2153).

2.—Dentro del estado de sitio el Presidente puede decretar impuestos, conforme al artículo 121 y mediante disposiciones de indiscutible carácter legislativo, aunque transitorias y sometidas a la caducidad de que trata el propio artículo 121.

3.—No puede afirmarse que los artículos acusados del Decreto 656 de 1953 contengan una verdadera delegación de facultades presidenciales por más que el texto se valga del vocablo AUTORIZAR, cuando dice en el artículo 10° que se AUTORIZA al Gobernador del Departamento del Atlántico y en el artículo 11 que se AUTORIZA al Alcalde de la ciudad de Barranquilla, etc. Porque esas disposiciones señalan plenamente el objeto del impuesto decretado, su cuantía y límite; autorizando tan solo a dichos funcionarios para recaudar el producto de las atribuciones cuya destinación no puede variarse, o sea atender a las erogaciones que implica la construcción del hospital de Barranquilla.

4.—Es doctrina aceptada la de que la recaudación de impuestos que se decreten como efecto de medidas extraordinarias tomadas dentro del estado de sitio, no está en las mismas condiciones de aquellas otras que se toman en tiempos normales. De no ser así, es decir, si los decretos sobre impuestos que puede dictar el Gobierno dentro del Estado de sitio, no entraran a regir inmediatamente, se frustraría uno de los medios que la propia Constitución ha previsto para el restablecimiento del orden.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

El Gobierno Nacional por medio del Decreto extraordinario número 656 de 12 de marzo de 1953 confirió unas autorizaciones al Gobernador del Atlántico y dictó otras disposiciones encaminadas al desarrollo del plan de fomento para el mismo Departamento, Decreto que se publicó en número 28.158 del Diario Oficial y comenzó a regir desde la fecha de su expedición, es decir, desde el 12 de marzo de 1953.

Los artículos 10, 11 y 12 del referido Decreto dicen así:

"Artículo 10.—Con el fin exclusivo de atender a la construcción del Hospital de Barranquilla, autorízase al Gobernador del Departamento del Atlántico para establecer las siguientes sobretasas:

"10% sobre el valor de las boletas de lotería de otros departamentos que se venden en el territorio del Atlántico;

"10 centavos por cada botella de vinos nacionales que se consuman en el Departamento del Atlántico;

"20 centavos por cada botella de licores producidos en otros Departamentos y que se consuman en el Departamento del Atlántico;

"40 centavos por cada botella de licores extranjeros, que se consuman en el Departamento del Atlántico."

"Artículo 11.—Autorízase así mismo al Alcalde de la ciudad de Barranquilla para establecer la siguiente sobretasa:

"10% sobre el valor de las entradas a espectáculos públicos.

Parágrafo.—Las sobretasas a que se refieren los dos artículos anteriores, se cobrarán junto con los actuales impuestos departamentales y municipales que gravan los respectivos artículos o espectáculos.

"Artículo 12.—La vigencia de las sobretasas de que trata este Decreto, será a partir del primero de julio del presente año, y sólo durará hasta tanto que se recaude por dicho concepto, la cantidad de tres millones quinientos mil pesos ($ 3.500.000.00)".

El ciudadano colombiano y abogado inscrito doctor Luis Carlos Pérez, domiciliado en Bogotá, demandó ante la Corte, ejercitando la acción popular que reconoce el artículo 214 de la Carta fundamental, que se declaren inexequibles las disposiciones copiadas, alegando que ellas son contrarias a los artículos 31, 43, 135 y 204 de la Constitución.

Por separado señala las razones justificativas de su demanda empezando por lo tocante con el artículo 43 de la Constitución, y siguiendo con los demás que cita. Conviene tomar nota literal de sus argumentaciones, teniendo en cuenta la manera sintética de exponerlas. Dicen así:

RAZONES DE LA VIOLACION DEL ART. 43 DE LA CARTA.

Por regla general, en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (estas dos últimas corporaciones con facultades precisas del legislador), pueden decretar contribuciones.

"Ratifican el precepto del artículo 43, los contenidos en el numeral 4º del artículo 102, relativo a las atribuciones especiales de la Cámara de Representantes; en el artículo 80, y el numeral primero del 79, que versan sobre el origen de las leyes impositivas; y en el artículo 76, numeral 15, que autoriza al Congreso para decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija.

"Desarrollando algunos de estos principios, ya existentes en 1930, la H. Corte, en sentencia del 24 de junio de dicho año, dijo que "la facultad de fijar los impuestos y su cuantía es atribución del Legislador y tiene límites constitucionales" (G. J. Nº 1835, pág. 285).

"Tiene le Congreso, pues, facultades indelegables tratándose de impuestos o contribuciones. Así lo entendió el señor Samper y lo expuso, al comentar el artículo 76 de la Constitución en 1886, sobre atribuciones del cuerpo legislativo: "No es lícito al Congreso —decía— delegar a otra Corporación, autoridad o entidad pública las facultades y atribuciones que le confiere la Constitución (Derecho Público Interno de Colombia", 1951, T, 2º, pág. 170).

"Esta facultad del Legislador en materia impositiva tiene dos excepciones, que han hecho infortunada carrera en la historia constitucional de los últimos lustros:

"A) Cuando se imparten autorizaciones extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76; y

"B) Cuando se presentan situaciones excepcionales —guerra exterior o conmoción interna— que obligan a declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el país o una parte de él, según el artículo 121.

"Para los fines de esta acusación no interese detenerse en el régimen de autorizaciones extraordinarias.

"Al ocurrir cualquiera de los dos eventos previstos en el artículo 121, se crea un régimen especial, caracterizado por una ampliación de las funciones ordinarias de la Rama Ejecutiva. En este caso, el Gobierno incorpora a la órbita de sus facultades las que establece el Derecho de Gentes.

"Naciendo estas facultades de la misma Constitución, tienen, así mismo, su reglamento en la Carta y deben mantener su naturaleza jurídica: son temporales, en el sentido de que queden limitadas hasta tanto transcurra la situación anormal de donde derivan, y no pueden derogar las leyes, sino apenas suspender las incompatibles con la necesidad de restablecer el orden público,

"La anormalidad determinante del estado de sitio no entraña negación del derecho. Por el contrario, es quizás uno de los momentos más decisivos para su afirmación. Se reconoce la turbación del orden público no para que el Gobierno imponga omnímodamente su voluntad, sino para que disponga de mejores elementos en la lucha por establecer la armonía institucional; no para que se extienda e intensifique el régimen presidencial, hasta el extremo de que legisle sobre todo, sino, para acomodar su acción al objetivo único: la restauración de la legalidad. Es una lucha contra el caos, que no puede participar de éste, sin poner en grave peligro la suprema autoridad orientadora, pero que tampoco implica absorción total de los derechos y garantías ciudadanas. A situaciones críticas corresponden medidas especiales, de inmediata operancia, pero sin extralimitar el régimen previsto.

"El estado de sitio, decía el Ministro Echandía en circular dirigida a los funcionarios subalternos, en 1948, no puede entenderse como una situación en que sea lícita la arbitrariedad, sino como un estado legal en que rigen de todos modos los principios del Derecho de Gentes y continúan vigentes las normas que no hayan sido expresamente suspendidas"; (ver circular en "Tratado de Derecho Administrativo", de Eustorgio Sarria, 2ª ed. 1952, pág. 42 y 43).

"La Constitución expresa precisamente cuáles son las limitaciones que el Ejecutivo puede imponer bajo el régimen del estado de sitio, así:

"1º—A la propiedad, en caso de guerra, según el artículo 33;

"2º—A la circulación de impresos, en igual situación, según el inciso tercero del artículo 38;

"3º—A la libertad de prensa, según el art. 42;

"4º—A la imposición de contribuciones por el Congreso de acuerdo con el artículo 43;

"5º—A la del ejercicio simultáneo por una persona o corporación, de funciones políticas o civiles y judiciales o militares, según el art. 61.

"Si bajo el régimen marcial puede el Gobierno imponer contribuciones, no está autorizado, en cambio, para delegar esa facultad en uno de sus agentes, ya que esto agregaría la arbitrariedad al caos; del mismo modo que, bajo un régimen normal, no pueden desprenderse de esa atribución el Congreso, las Asambleas y los Concejos. El propio instituto de las facultades extraordinarias no entraña delegación de funciones, pues entonces obra el Ejecutivo según derechos propios reconocidos en la Carta.

"Cuando el artículo 43 dice: "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones" es tanto como si dijera: "Pero en tiempo de guerra o de conmoción interior, el Gobierno hará uso de esta facultad, dentro de las formalidades prescritas en el artículo 121".

"Ahora bien: el artículo 121 reconoce atribuciones extraordinarias al Presidente de la República, inclusive para decretar impuestos, pero ni ese precepto ni ningún otro lo faculta para delegar esta función, que es privativa de él, siempre que la providencia en que se concrete lleve la firma de todos los Ministros. De este requisito esencial está privado un Gobernador o un Alcalde cuando hace uso de delegaciones, como las de los artículos 10 y 11 del Decreto acusado, impartidas en contra de los poderes constitucionales que corresponden al Ejecutivo.

"El Designado encargado de la rama Ejecutiva, pudo, desde este punto de vista, decretar las mal llamadas "sobretasas"; pero está impedido para autorizar a funcionarios subalternos a fin de que establezcan dichos tributos. El Decreto ha violado, pues, el artículo 43 de la Carta.

"Y digo que sólo desde el punto de vista de que se viene hablando pudo el Presidente decretar esta contribución extraordinaria, pues, si bien se mira por otros aspectos, aún la providencia suscrita por el Encargado de la Rama Ejecutiva, con la firma de todos sus Ministros, es, igualmente inconstitucional, en cuanto constituye un privilegio, como se verá adelante.

"V.—**Cómo ha sido violado el artículo 135.** Lo expuesto hasta ahora descubre las razones de la violación del artículo 135 de la Carta.

"Según este precepto, los Gobernadores pueden ejercer determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, **como suprema autoridad administrativa.**

"También los Ministros y Jefes de Departamento Administrativos tienen igual autorización. En manera alguna la tienen los Alcaldes, aunque el Presidente lo exprese así mediante un Decreto-ley.

"Las funciones que corresponden al Jefe de la Rama Ejecutiva, como suprema autoridad administrativa, y que son delegables, figuran en los distintos numerales del artículo 120. No son delegables todas las atribuciones constitucionales del Presidente, sino, precisamente estas que señala el artículo 120, entre las cuales no figura la de imponer contribuciones o impuestos, facultad, que, por lo mismo, queda ratificada como privativa del Jefe de la administración, cuando hace uso de los poderes fijados en el artículo 121.

"Además, el artículo que autoriza la delegación presidencial agrega: "las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley". La única ley de autorizaciones vigentes en la fecha de la expedición del Decreto acusado es la 202 de 1936, anterior; por lo tanto, el artículo 35 del Acto Legislativo de 1945, que no ha tenido expreso desarrollo.

"En la ley 202 de 1936 no figura ninguna autorización para que el Encargado de la Rama Ejecutiva pueda delegar funciones que derivan del artículo 121 de la Constitución, ni mucho menos la de imponer impuestos o contribuciones extraordinarias.

"Las autorizaciones impartidas al Gobernador del Atlántico, y al Alcalde de Barranquilla (artículo 10 y 11 del Decreto-ley Nº 656 de 1953), son inconstitucionales porque representan una función de la cual no puede desprenderse el Presidente de la República.

"VI.— **Otro aspecto de la violación del art. 135.**

Un aspecto especial de la violación del artículo 135 de la Constitución es el siguiente:

"La Ley 64 de 1923 constituyó, en favor de los departamentos, el monopolio de la lotería, con premios en dinero. El artículo primero de la Ley 133 de 1936, modificando disposiciones contrarias de la Ley 64, declaró libre en todo el territorio de la República, la circulación y venta de los billetes; en consecuencia, prohibió a los departamentos y municipios **impedir o estorbar** su circulación y venta, pero facultó a las Asambleas "para gravar hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete, y con destino exclusivo a la asistencia pública, la venta de billetes de loterías de otros departamentos."

"Tal es el origen del impuesto que actualmente pagan cada una de las dieciseis loterías que juegan semanalmente en el país, por los billetes vendidos en territorio ajeno. Es un gravamen, general que persigue beneficiar las empresas locales, permitiéndoles vender al público los billetes a precios inferiores de los que corresponden a las loterías foráneas.

"El Congreso sí podía impartir esa atribución a las Asambleas, en virtud de la prerrogativa que le confiere el numeral 7º del artículo 74 de la Constitución. Pero, fuera del Legislador, ningún otro órgano del Estado puede arrogarse este derecho. Si el Ejecutivo lo hace, se sale de su órbita funcional y las providencias en que se concreta el exceso de poder son inexequibles.

"VII.—**Por qué se ha violado el artículo 31.** "El privilegio —dijo la Corte, en fallo del 24 de marzo de 1945, en la cual declaró inexequible varios artículos de la ley 35 de 1943 del cual fue ponente el H. Magistrado Jordán Jiménez— es una gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando a uno de una carga o gravamen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan los otros; o, también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común más o menos permanente" (G. J. Nº 2019 pág. 3).

"En otros términos: el privilegio a que se refiere el artículo 31 de la Carta implica **exención** a una persona de obligaciones que corresponde a todos u **otorgamiento** singular y exclusivo de derechos que pertenecen a muchos. Cualquiera de las dos formas: trátese de la negativa de **eximir**, o de la positiva de **conceder**, es irregular, antijurídica y no puede manifestarse en el acto legal sin que este pugne con la norma constitucional.

"Los privilegios que no se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación, como el que reconoce el Decreto Extraordinario acusado a un Departamento y a un Municipio, son violatorios de la Carta, pues la prohibición de concederlos

comprende y obliga por igual a las entidades de derecho público. En este sentido se ha pronunciado la Corte en varias ocasiones, como puede verse en fallos del 20 de abril de 1938 (G. J. Nº 1934, página 296), y del 5 de septiembre de 1943 (G. J. Nº 2001, página 10)".

"Son privilegios los constituídos por los artículos 10 y 11 del Decreto-ley 656 de 1953, porque autorizan un gravamen adicional del 10 por ciento exclusivamente en favor del Departamento del Atlántico y del distrito de Barranquilla, aunque con destino tan plausible como es el de atender a la construcción del hospital de esta ciudad. Quiere decir lo anterior que las loterías foráneas tienen en el territorio del citado Departamento un impuesto total del 20 por ciento, o sea: 10% autorizado por la ley 133 de 1936 y 10% autorizado por la providencia acusada.

"No gozan los demás departamentos de esta situación, pues en sus territorios se sigue cobrando el 10% de la ley 133, aún por concepto de venta de billetes de la Lotería del Atlántico. El Decreto cuya inexequibilidad se demanda crea un régimen de excepción para un Departamento, y es, por tanto, fuente de los perjuicios generales que derivan de todo privilegio.

"Tampoco gozan los demás municipios del país, ni siquiera los pertenecientes al Departamento del Atlántico, distintos de Barranquilla, del beneficio autorizado por el artículo 11 del Decreto extraordinario. Hay una gracia, o prerrogativa, o derecho, excepcional que, por lo tanto, sólo aprovecha a Barranquilla.

"Lo que se dice de las loterías debe entenderse también en relación con los otros artículos mencionados en el Decreto.

"Aún suponiendo que bajo el régimen del estado de sitio puede el Gobierno legislar sobre todas las materias imaginables —y no sólo sobre las necesarias—, esa legislación debe ceñirse a los reglamentos constitucionales. Y, aún en el caso de que fuera competente para delegar la facultad impositiva, no lo podría hacer en forma de privilegio, de manera que sólo una zona del país se viera beneficiada.

"Por estas razones son, igualmente, inexequibles los artículos 10 y 11 del Decreto acusado.

"VIII.—**Las llamadas "sobretasas" son verdaderos impuestos.** Aunque a la índole del privilegio dice bien poco el que éste se manifieste como impuesto, contribución, tasa o sobretasa, pues que todos son formas de como puede aquel constituirse, conviene aclarar que los recargos autorizados exclusivamente en favor del Departamento del Atlántico y del Municipio de Barranquilla por los artículos 10 y 11 del Decreto acusado, son verdaderos impuestos, aunque pretendan disimular su naturaleza con un nombre que no les corresponde.

"Las tasas, dijo Esteban Jaramillo explicando la doctrina general expuesta por varios hacendistas, "son la remuneración que el Estado percibe por los servicios que presta a los asociados en las empresas que explota, como el correo, el telégrafo y los ferrocarriles", y "envuelven la idea de compensación o retribución especial" por tales servicios (Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública, 3ª edición, páginas 141 y 158).

"Cuando se decreta un recargo o tasa adicional, a manera de compensación o justiprecio para el mantenimiento de los servicios públicos, puede hablarse de **sobretasa**, vocablo popularizado en Colombia desde que entró a regir la Ley 85 de 1936. Pero en manera alguna cabe la expresión para denominar un impuesto, como en el presente caso, salvo que se acepte que la venta de billetes de Lotería es un servicio público y que los gravámenes que afectan esa operación sean tasas, lo cual, induciría al absurdo consagrado en el Decreto-Ley.

"El porcentaje que pagan los billetes sobre su valor nominal, en un Departamento distinto de aquel a que pertenece la empresa lotera, según la ley 133 de 1936, es un impuesto indirecto, porque "se establece por medio de tarifas impersonales sobre ciertos hechos intermitentes" (Jaramillo, ob. cit. pág. 168). Los hechos intermitentes son la adquisición de billetes por el público. Quien desea comprar uno, paga no sólo el precio señalado por la administración de la empresa, sino también el gravamen fiscal que beneficia al Departamento no productor.

"La voluntariedad en la compra del billete es el único elemento que relaciona el impuesto con la tasa, pero la analogía se destruye al contemplar los fines perseguidos, como se indicó antes.

"El mismo Decreto, en el parágrafo del artículo 11, acepta que uno y otro gravamen tienen la misma naturaleza, así: "Las sobretasas a que se refieren los dos artículos anteriores, se cobrarán junto con los actuales impuestos departamentales y municipales que gravan los respectivos artículos o espectáculos".

"El cambio de denominación no perjudica a la esencia del tributo.

"Finalmente, cabe advertir que tales gravámenes son extraordinarios, porque no van a recaudarse permanentemente, sino hasta completar un fondo de tres millones quinientos mil pesos ($ 3.500.000.00), según el artículo 12; es decir, que su imposición es ocasional, para atender gastos especiales, los cuales son de duración limitada.

"La naturaleza de estos impuestos relieva aún más el privilegio concedido al Departamento del Atlántico y al Municipio de Barranquilla. Es de la esencia de la tributación, cualquiera que ella sea: directa o indirecta, ordinaria o extraordinaria, su generalidad, esto es, el afectar a todas las personas naturales o jurídicas que se encuentren en la misma situación. En el presente caso, se afecta a las quince loterías distintas de la del Atlántico y en cambio no se afecta a ésta cuando vende billetes fuera de su territorio.

"IX.—**Por qué se ha violado el artículo 204.** Lo que acaba de exponerse anticipa en buena parte las razones que explican la violación del art. 204.

"El Decreto-Ley 656 de 1953 introduce aumentos extraordinarios en impuestos indirectos. Como tales, no podían comenzar a cobrarse "sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento", requisito incumplido por el artículo 12, que ordenó los gravámenes a partir del primero de julio de 1953, es decir antes del tiempo prescrito en el artículo 204 de la Constitución, pues el Decreto entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea el 12 de marzo de dicho año.

"Es de notar el sentido imperativo del artículo 12, muy distinto de la **autorización** contenida en los artículos 10 y 11. Estos, introducen una facultad de que pueden disponer el Gobernador y el Alcalde. Aquéllos, disponen directamente la fecha en la cual rigen los aumentos. Incongruencia que es menos aparente de lo que revela, pues indica que estuvo en la voluntad del Ejecutivo decretar él mismo los impuestos, aún a riesgo de crear el privilegio, sin necesidad de impartir la autorización.

"Es verdad que la jurisprudencia ha reconocido facultad al Congreso para otorgar al Gobierno, extraordinariamente, autorizaciones a fin de que este pueda poner a régir impuestos indirectos antes del tiempo fijado en el artículo 69 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (la doctrina fue sentada en fallo del 30 de septiembre de 1929, G. J. Nº 1822, página 555), que corresponde al 204 de la Codificación constitucional actual, pero ello ocurre en circunstancias especialísimas previstas en el inciso tercero del artículo 205 de la Carta, esto es, cuando el Gobierno está revestido de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 12 del artículo 76.

"Esta es una condición que proviene de la Constitución y que no puede llevarse al régimen creado por el artículo 121.

"Careciendo el Ejecutivo de facultad para acortar el plazo señalado en el artículo 204, es inconstitucional el artículo 12 del Decreto demandado."

El 18 de marzo del año próximo pasado se admitió la demanda y se ordenó oír el concepto del señor Procurador General de la Nación quien se opuso a que se pronunciara la inexequibilidad de las disposiciones acusadas manifestando, entre otras razones, las siguientes:

"El Departamento del Atlántico, por su pequeñísima extensión territorial y por no tener ciudades de importancia fuera de la de Barranquilla (el Municipio de Sabanalarga, segundo en el Departamento, cuenta apenas con una población total según el censo de 1951, de 34.662 habitantes) es uno de los más pobres de la República en sus entradas Departamentales y Municipales, y, en cambio, uno de los que más rendimiento producen para las arcas nacionales, ya que los recaudos por concepto de Aduanas percibidos dentro de la jurisdicción de ese Departamento, forman el más cuantioso de los renglones del presupuesto nacional.

"Así mismo la situación geográfica de ese Departamento, especialmente de la ciudad de Ba-

rranquilla, hace que sean de primordial importancia para la economía nacional su desarrollo industrial, comercial, agrícola, pecuario y su bienestar y comodidad social o nivel de vida, así como sus condiciones de higiene y salubridad, etc., etc., pues éstas son las bases o factores primordiales de la prosperidad de la industria, el comercio, la agricultura, la ganadería, etc., etc., ya que por ese lugar se efectúa el mayor tránsito de nuestro comercio de importación y exportación.

"Para ello se elaboró por el "Consejo Nacional de Planificación" entidad oficial de grandísima importancia para el desarrollo general del país y que no ha tenido preferencias por ninguna de las regiones que forman la Nación, un "Plan de Fomento para el Atlántico" que fue debidamente discutido y aprobado por el Gobierno Nacional, y cuya realización se prospectó para un lapso de 5 años, y que comprende, entre otras perspectivas y proyectos, las obras que se enumeran en el artículo primero del Decreto referido.

"Allí se determinan cuáles son de beneficio de la ciudad de Barranquilla y cuáles de las demás ciudades y lugares del Departamento del Atlántico, beneficio directo pues indirectamente también lo tiene para el resto del país especialmente el centro y el Oriente de la República; se expresa así mismo cuáles están a cargo de los directos interesados y se les indican, ya que este Decreto es algo así como reglamentario del "Plan de Fomento para el Atlántico", la forma, requisitos, entidades con las cuales se haya de contratar, etc. etc, para hacer efectivo y viable ese deseo del Gobierno y de la Nación en general.

"Siendo los directos interesados y beneficiados de las obras prospectadas en el "Plan de Fomento para el Atlántico" los habitantes de ese importante Departamento, es lógico y de toda equidad y justicia que esos mismos beneficiarios contribuyan a las obras que crean o aumentan su bienestar social y económico, tanto más si se tiene en cuenta que esa contribución no va a reflejarse en sus necesidades primordiales ni en los artículos de primera necesidad, sino en cosas que atañen especialmente a licores, a diversiones y a juegos como lo es la lotería.

"También es elemental que el resto de la ciudadanía, beneficiario indirecto, contribuya en una parte mínima a tales obras y gastos.

"Esto es lo que más parece que afecta al señor demandante en el presente caso, al comentar y motejar los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 656 del año pasado

"Ahora bien: la presente demanda tiene como argumento especial la época en la cual se pueden o se deben establecer los impuestos, mejor dicho, el momento en el cual o desde el cual se pueden o se deben hacer efectivos. "En el presente caso se trata de "sobre tasas" o impuestos adicionales indirectos, pues no se consagran monopolios ni privilegios, es decir, nada tiene que ver el artículo 31 de la Constitución Nacional; la facultad conferida al señor Alcalde de Barranquilla por el artículo 11 acusado no corresponde a una determinada función del Presidente de la República que le haya sido delegada, así pues que tampoco nada tiene que ver el artículo 135 de la Constitución Nacional.

"Queda la pretendida violación de los artículos 43 y 204, pero en relación a ellos no debe perderse de vista que el estado actual de orden público turbado en todo el territorio del país, ha incidido primordial y principalmente, por no decir exclusivamente, en la expedición del Decreto Legislativo 656, como también ha sucedido con anteriores y posteriores actos del Gobierno en los cuales se han decretado no "sobre tasas" sino verdaderos impuestos directos e indirectos, mucho más cuantiosos y generales y a esos actos nadie se le ha ocurrido acusarlos o tacharlos de inconvenientes para la economía nacional y el pronto restablecimiento de la normalidad legal y jurídica de la Nación.

"Por eso se invoca el artículo 121 de la Constitución Nacional en el considerando único del Decreto Legislativo aludido, y así lo reconoce el demandante en sus consideraciones que aparecen al folio 2 vuelto y 3 de su escrito, cuando glosa el citado artículo y las facultades que para el Ejecutivo se desprenden de esa disposición constitucional, glosas u observaciones que por demás se repiten y transparentan a la largo de su erudita demanda.

"..... ....

"SOLICITUD:—Las anteriores consideraciones son suficientes para que este Despacho solicite de la Honorable Corte el que niegue la declaración de inexequibilidad por inconstitucionales los artículos 10, 11 y 12 del Decreto Legislativo Nº

0656 del año próximo pasado, solicitada por el doctor Luis Carlos Pérez, y en su lugar declare que son exequibles en todas sus partes."

Por su parte, el señor Gobernador del Departamento del Atlántico decidió apersonarse en el negocio, confiriendo poder a un abogado inscrito para que coadyuvara la oposición formulada por el señor Procurador General y defendiera la exequibilidad de las mismas disposiciones acusadas. Y en ejercicio de tal poder se produjo el escrito presentado en la Secretaría de la Corte el 19 de mayo de 1954, habiéndose agregado al expediente sin otra actuación. Después de varias consideraciones dice el señor apoderado coadyuvante de la oposición de la Procuraduría:

"Señala el demandante como violados los artículos 31, 43, 135 y 204 de la Carta.

"Respecto del artículo 31, como acertadamente lo dice el señor Procurador de la Nación, no incide respecto de los artículos 10, 11 y 12 del Decreto acusado, porque esos artículos no consagran ni establecen ningún monopolio. El mencionado artículo 31 que corresponde al artículo cuarto del acto legislativo número 3 de 1910, que sustituyó al primitivo y correspondiente de la Constitución de 1886 y que en el fondo y la esencia es el mismo, fue dictado para proteger las industrias establecidas por los particulares cuando el Estado se hace cargo como dueño y empresario de tales industrias, tal como ha sucedido con la de licores. Industria ésta particular hace muchos años y que pasó al Estado previa la correspondiente indemnización. Como los artículos 10, 11 y 12 no monopolizan a favor del Departamento del Atlántico, ni del estado de ninguna industria particular ni el ejercicio de éste, sino que establecen unas sobretasas sobre impuestos ya establecidos, es claro, de claridad meridiana, que tales artículos no pueden violar la norma del artículo 31 de la Constitución.

"La interpretación de dicho artículo 31, que acabo de exponer es la misma que le ha dado la Corte y los expositores del derecho constitucional como los doctores Francisco de Paula Pérez y Tulio Enrique Tascón. Para mayor abundamiento transcribo lo que al respecto expresó el Dr. José Vicente Concha en su obra "Apuntamientos de Derecho Constitucional", por haber sido el primer expositor que escribió sobre el asunto. Dice así: "En algunos casos establecen las leyes monopolios en favor del Estado o de individuos particulares, como mayor rendimiento de ellos, o para garantizar, a la vez, que reunen ciertas condiciones los productos que se destinan al consumo público, y evitar el expendio de los nocivos para la salud. Tal sucede con el monopolio del alcohol o con la rectificación del mismo. Estas limitaciones de la libertad de industria hallan en ocasiones su justificación en los intereses generales del Estado, que deben prevalecer sobre los particulares en determinadas circunstancias; pero se debe observar a tal respecto, que la limitación de la libertad de cualquier industria existente en un país, con el fin de establecer un monopolio, impone ineludible obligación al Estado de indemnizar plenamente y de un modo previo a quienes ejercían antes la industria materia del nuevo monopolio, (obra citada pág. 252)

"El artículo 43 de la Carta, citado como violado por los artículos acusados, tampoco tiene ninguna incidencia, ni ha podido ser violado, porque esa norma está consagrada para los tiempos y épocas de normalidad y no para cuando como en el presente caso rige la normalidad o legalidad marcial que permite al Presidente de la República hacer uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución.

"Es distinto el concepto de **autorización** del concepto de **delegación** y por no tener en cuenta esa diferencia el demandante ha creído que los artículos acusados violan el artículo 135 de la Constitución. La delegación, tiene lugar según exponen los tratadistas sobre materias constitucionales cuando el Presidente de la República dentro de la normalidad, delega ciertas facultades de que está investido, en sus agentes, o sea cuando éstos en virtud de esa delegación proceden en nombre del Presidente de la República. La autorización en casos como el presente es muy distinta porque ella arranca de un acto que tiene fuerza de ley, como es el Decreto-Ley 0656 acusado. Equivale esto, o produce el mismo fenómeno que cuando el legislador da una autorización, por medio de una ley a los Gobernadores. La autorización emana siempre de la ley, sea ésta la común y corriente, sea la que se deriva de la legalidad marcial, como en el caso del artículo 121 de la Constitución en que se basa el

Decreto mencionado. La delegación excluye el concepto de autorización legal y se hace por medio de un simple decreto de carácter administrativo dictado por el Presidente de la República acompañado del Ministro respectivo. Véase pues la diferencia que existe en uno y otro caso. El Decreto 0656 está basado sobre el artículo 121 de la Constitución, que es una ley, y no sobre una delegación, que no es sino un simple decreto administrativo.

"El artículo 204 de la Corte (sic) por su importancia, por la jurisprudencia que sobre él se ha sentado y por su interpretación merece un comentario o exposición un poco más amplia, que paso a concretar en la siguiente forma:

"En primer término el artículo 204 de la Carta no tiene operancia sino cuando existe el régimen de estricta normalidad y no cuando se está bajo el imperio de la legalidad marcial, como en el presente caso. En otros términos habiendo sido expedido el Decreto 0656 y por ende los artículos acusados en virtud de la facultad que al Presidente de la República le confiere el artículo 121 de la Constitución, el artículo 204 de la Carta no tiene operancia en ese caso.

"Por otro aspecto resulta lo siguiente: la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de marzo de 1933 sentó la siguiente doctrina: "En 1905 fue expresamente derogado el artículo 204 de la Constitución por el acto legislativo número 4 del mismo año, quedando así en vigor tanto para las contribuciones indirectas como para la materia especial de las variaciones de la tarifa de aduanas, el precepto consignado en todo el artículo único del acto legislativo de 1898, porque en lo tocante a las contribuciones indirectas en general no se estableció principio distinto del que consagraba el expresado artículo 204, de la Constitución. En 1910 el acto legislativo número tres y en su artículo 69, restableció el principio consagrado en el artículo 204 de la Constitución para las contribuciones indirectas, pero no derogó el acto legislativo de 1898 lo que se comprueba leyendo el artículo "e" de las disposiciones transitorias de aquel acto legislativo que dice: 'Quedan derogadas las disposiciones de la Constitución Nacional de cinco de agosto de 1886 que sean contrarias al presente acto legislativo, y todos los actos legislativos expedidos por la Asamblea Nacional, anteriores al presente. No menciona esta disposición transitoria entre las que deroga el acto legislativo de 1898, que por otra parte no fue expedido por la Asamblea Nacional, sino por el Congreso de ese año; luego tal acto legislativo está vigente y así lo ha declarado la Corte en varios fallos, entre otros en el que figura publicado en los números 1189 y 1190 de la Gaceta Judicial".

"Por eso comenta y observa con mucho razón el expositor Dr. Tascón en su obra citada que el Gobierno puede cobrar en tiempo de paz, antes del plazo fijado por el artículo 69 del acto legislativo número 3 de 1910 y por el artículo 1º de la Super-Ley citada, las nuevas contribuciones o impuestos que establezca la ley cuando está investido de facultades extraordinarias por el Congreso, pues el inciso 2º del artículo 1º de dicha Super-Ley 24 no ha sido derogado y el artículo 204 de la Constitución (201 de orden) a que alude, aunque derogado posteriormente, recobró su imperio al ser reproducido por el 69 del acto legislativo número 3 de 1910, y así lo dijo la Corte en sentencia de 25 de marzo de 1915. Observa el mismo expositor que la Corte ha sentado la doctrina de que, al decir la super-ley 24 de 1898 que sus disposiciones no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté investido, se refiere tanto a las que puede otorgarle el Congreso en tiempo de paz como a las de que lo enviste (sic) la declaración del estado de sitio en caso de guerra, o perturbación interior.

"La anterior ha sido también la doctrina del Consejo de Estado y se ha entendido siempre que de acuerdo con la norma del artículo 204 de la Constitución que no limita las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas está inves-

tido, puede cobrar antes del plazo fijado de seis (6) meses las contribuciones indirectas que establezca el Gobierno, o los aumentos de las preexistentes. Y esto lo han decidido la Corte y el Consejo de Estado cuando el Gobierno está investido de facultades extraordinarias por el Congreso, con mucha mayor razón cuando procede en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional. Cabe observar para mayor abundamiento y para disipar toda duda, que el Decreto 0656, que fue expedido el 12 de marzo de 1953 no entró a regir inmediatamente sino meses después y por eso dice el artículo 12: "La vigencia de la sobretasa de que trata este Decreto, será a partir del primero de julio de este año. De modo que cualquiera duda que pudiera existir, queda perfectamente disipada porque si lo que ha querido el legislador es evitar perturbaciones por un alza en los impuestos, de operancia inmediata, se ha respetado ese principio por el artículo 12 del Decreto acusado y por eso el impuesto de sobretasa no entró inmediatamente en vigencia sino cuatro meses después.

"Finalmente, me permito transcribir, para resaltar una vez más la Constitucionalidad de los artículos del Decreto acusado, el artículo 1º de la Super-Ley 24 de 1898, que dice así, y que conforme a lo demostrado anteriormente, está vigente:

"Toda variación en la Tarifa de Aduanas que tenga por objeto disminuir los derechos de importación, comenzará a ser ejecutada noventa días después de sancionada la ley que la establezca, y la rebaja se hará por décimas partes en los diez meses subsiguientes. Si la variación tiene por objeto el alza de los derechos, ésta se verificará por terceras partes en los tres meses siguientes a la sanción de la Ley.

"Esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución, no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno, cuando de ellas está investido.

"Es oportuno además, transcribir el artículo 15 del Decreto 0656, que dice: "Se declaran suspendidas todas las disposiciones contrarias a este Decreto", observando que precisamente en Estado de Sitio, el Gobierno, de conformidad con el artículo 121 de la Carta, puede suspender todas las disposiciones que considere necesarias."

La Corte considera:

Dos problemas pueden plantearse y deben resolverse para decidir si las disposiciones acusadas son o no, contrarias a la Carta Fundamental, a saber: a) las que se refieren a las facultades del Presidente de la República dentro del estado de sitio, cuando hace uso de las autorizaciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución, y b) las tocantes con los puntos especiales que proponen, tanto el demandante como el apoderado del señor Gobernador del Departamento del Atlántico.

Por el primer aspecto bastará reproducir lo que dijo la Sala Plena en sentencia del 19 de abril último, de donde se copia:

"Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones.

"Surgen pues los poderes presidenciales en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupo de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado.

"Por la redacción de varios preceptos de la ley suprema aparece que hay normas suyas que contienen limitaciones al legislador, respecto de los derechos individuales y sociales y a la organización del Estado, que rigen en tiempo de paz, y otras especiales para tiempo de guerra o de perturbación del orden. En tiempo de guerra el gobierno impone contribuciones (artículo 43); puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan a la rama judicial (artículo 33); suspender la libertad de prensa (artículo 42); prohibir la circulación de impresos por los correos (artículo 38); ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar (artículo 61). Las disposiciones de la Carta que se han citado fueron redactadas, como en ellas se expresa, para tiempo de paz o normalidad, lo que autoriza entender que no rigen en casos de turba-

ción del orden público. Es decir, que entonces las garantías y derechos que ellas protegen durante la paz, no rigen en el estado de sitio.

"Hay disposiciones de obligatoria aplicación en todo tiempo, por mandato expreso de la Carta, que no podrían dejar de cumplirse aún en caso de guerra o anormalidad: artículos 28 y 33.

"Finalmente, hay otros preceptos del Estatuto cuyo imperio ha de limitarse por virtud de la alteración del orden; no ya por inferirse así de la redacción que en la Carta se dió a ciertos ordenamientos, sino como un corolario obligado de la situación de hecho y de derecho en que se encuentra colocado el Presidente de la República cuando el orden se altera. El artículo 23 de la Constitución establece que nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes. La disposición no expresa que ella rige en tiempo de paz solamente, de donde debe deducirse que rige en todo tiempo. Sin embargo, es natural que durante la guerra exterior o la conmoción interna la libertad individual sufra las restricciones necesarias para que el Gobierno pueda prevenir o debelar movimientos subversivos del orden público. El principio constitucional que tal procedimiento autoriza se halla implícito en el artículo 121 de la Carta, como correlativo de las obligaciones que le impone al Presidente. Aunque también está en parte consignado en el artículo 28, que autoriza el que sean aprehendidas y retenidas de orden del Gobierno las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Facultad ésta que si no estuviese prevista expresamente, la tendría el Presidente de la República para dar cumplimiento cabal a los deberes que le señala el artículo 121 de la Constitución. Y la libertad de reunión, y la de palabra, y la de locomoción, que no aparecen reguladas con la advertencia de que la disposición respectiva se aplica en tiempo de paz, lo que significa que debe regir también en tiempo de guerra, sufren así mismo, como es obvio, y se reconoció en los debates del Constituyente de 1936, la limitación necesaria al adoptarse por el Gobierno las medidas indispensables para prevenir un movimiento subversivo del orden, o para restablecer éste si se ha turbado. Debe agregarse la cita del artículo 18 del Estatuto, que garantiza el derecho de huelga, pues aunque la norma no lo dice, ha de suspenderse su ejercicio en circunstancias tocantes con la guarda del orden público.

"No obstante pues el propósito de los constituyentes, de reducir a términos precisos el radio de acción presidencial, frente a los preceptos del Estatuto que garantizan los derechos individuales y sociales y organizan las instituciones, la limitación no fue taxativa, y deja siempre como fuente de restricción de aquellos derechos y garantías los poderes extraordinarios del Presidente en el estado de sitio, correspondientes a su responsabilidad y a sus deberes que la Constitución le señala para la guarda del orden público.

"Sin embargo, hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohibe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26, que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohibe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia".

Visto cómo no se puede poner en duda la facultad que tenga el Presidente de la República para decretar impuestos dentro del estado de sitio, procede averiguar ahora si en las demás disposiciones de la Carta, particularmente de las que señala como violadas el demandante, se encuentran restricciones que hubieran impedido al Presidente dictar el Decreto acusado.

Ante todo deben examinarse los argumentos tocantes con la violación del artículo 31 de la Constitución según el cual, no pueden establecerse monopolios sin antes haberse indemnizado de manera plena a los individuos que en virtud de la ley respectiva deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita, y también según el cual ningún monopolio puede establecerse sino

como arbitrio rentístico y en virtud de ley, así como tampoco podrán concederse privilegios que no se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación. En otras palabras se trata de averiguar si las disposiciones acusadas establecen monopolios o conceden privilegio fuera de las hipótesis previstas por la Constitución.

El demandante trae oportunamente la definición que de privilegio consagró la Corte en fallo del 24 de marzo de 1945, donde dijo que era "una gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando a uno de una carga o gravamen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan los otros, o también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común más o menos permanente" (G. J. Nº 2019, pág. 3).

En sentir del demandante los artículos 10 y 11 del Decreto acusado consagran privilegios porque autorizan un gravamen adicional del 10% autorizado por la Ley 133 de 1936, y el Decreto cuya inexequibilidad se demanda crea un régimen de excepción para ese departamento.

Tanto el señor Procurador como el apoderado del señor Gobernador del Atlántico rechazan la violación del artículo 31 porque en sentir de ellos los artículos acusados del Decreto 0656 de 1953 no consagran ni establecen ningún monopolio. En realidad de verdad no sería ésta la argumentación pertinente porque son inconfundibles las nociones de monopolio y de privilegio y está fuera de toda duda que aquí no se trata de monopolio.

Para llegar a la conclusión de que tampoco se está en presencia de un privilegio, es suficiente considerar que al autorizar el establecimiento de las contribuciones a que se refiere el Decreto, con destino a la construcción del hospital de Barranquilla, lejos de consagrar una gracia, prerrogativa, o exención de cargas o gravámenes al Departamento del Atlántico, o de otorgarle un derecho especial distinto del que confiere la ley común a todas las personas de su misma categoría, lo que se hace es, en desarrollo de lo preceptuado por el artículo 19 de la Carta, que impone la asistencia pública como una función del Estado, subvenir a una necesidad propia de la ciudad de Barranquilla del departamento del Atlántico, que el propio demandante califica de plausible, decretando la imposición de unas contribuciones indirectas cuya limitación señala el artículo 12 de las disposiciones acusadas las cuales no tendrían por qué decretarse a favor de todos los departamentos siendo así que la necesidad de la construcción y terminación del hospital de Barranquilla es una necesidad local y propia de aquella ciudad cuyos recursos ordinarios no permiten remediar. Desdoblando la intención del argumento podría concluirse que para evitar la violación del artículo 31 de la Carta hubiera debido el Gobierno decretar impuestos que pudieran recaudar todos los departamentos para la construcción de hospitales aunque la necesidad experimentada por el departamento del Atlántico con la falta del hospital de Barranquilla no existiera en los demás.

Pasando a los razonamientos con que se intenta demostrar que el artículo 43 fue violado alega el demandante según se vió; que si bien es cierto el artículo 121 de la Constitución reconoce al Presidente de la República la potestad para decretar impuestos ni ese precepto ni ningún otro lo faculta para delegar esta función que es privativa de él, siempre que la providencia en que se concrete lleve la firma de todos los ministros; de donde concluye que si un Gobernador o un Alcalde hace uso de tales delegaciones, procede en contra de los poderes constitucionales que corresponden al Ejecutivo

El argumento tampoco prospera porque, de un lado, ya se ha visto que dentro del estado de sitio el Presidente puede decretar impuestos, conforme al artículo 121 y mediante disposiciones de indiscutible carácter legislativo, aunque transitorias y sometidas a la caducidad de que trata el propio artículo 121; de otro lado no puede afirmarse que los artículos acusados del Decreto 656 de 1953 contengan una verdadera delegación de facultades presidenciales por más que el texto se valga del vocablo **autorizar**, cuando dice en el artículo 10º que se **autoriza** al Gobernador del Departamento del Atlántico y en el artículo 11 que se **autoriza** al Alcalde de la ciudad de Barranquilla, etc. Porque esas disposiciones señalan plenamente el objeto del impuesto decretado, su cuantía y límite; autorizando tan solo a dichos funcionarios para recaudar el producto de las tributaciones cuya destinación no puede variarse, o sea atender a las erogaciones que implica la construcción del hospital de Barranquilla. El propio demandante admite, como se ha visto, que el artículo 12 emplea o usa una expresión tan categórica como esta de que "la vigencia de las sobretasas de que trata este Decreto, será a partir del 1º de julio del presente año, y sólo durará hasta tanto que se recaude por di-

chos conceptos, la cantidad de tres millones quinientos pesos".

No puede negarse que hay alguna impropiedad, muy ligera ciertamente, en las locuciones del Decreto, pues hubiera podido decirse simplemente que se decretaban los impuestos y que los funcionarios, agentes del Gobierno, o sea el propio Gobernador del Atlántico y el Alcalde de Barranquilla quedaban encargados de hacerlos efectivos; pero no por haberlo hecho en esta forma inexacta se descubre que sustancial y formalmente los impuestos no hubieran sido decretados por virtud del Decreto extraordinario, y en ejercicio de las facultades del artículo 121 de la Constitución.

Ahora bien: decretados los impuestos en la forma inequívoca como lo fueron por el Decreto acusado, nada se opone en la Constitución a que su recaudo se hubiera encomendado a las autoridades locales encargadas de la administración pública, en el departamento del Atlántico y en la ciudad de Barranquilla, porque ellos eran, y son los únicos funcionarios competentes para cumplir y hacer cumplir en el territorio respectivo el Decreto presidencial.

Tampoco son concluyentes los argumentos enderezados a demostrar que se violaron los artículos 135 y 204 de la Carta. Es cierto que la Ley 64 de 1923 constituyó, en favor de los departamentos, el monopolio de la lotería con premios en dinero, y también que el artículo 1º de la Ley 133 de 1936 declaró libre, en todo el territorio de la República, la circulación y venta de los billetes. Pero mal puede considerarse por eso que exista alguna restricción de orden constitucional que impida al Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias del artículo 121, el establecimiento de gravámenes de la clase a que se refiere el artículo 109 del Decreto 656 de 1953. Pues en lo tocante con el precio de las boletas de loterías de otros departamentos que se vendan en el territorio del Atlántico, cuyo valor viene a aumentarse con el gravamen impuesto por la referida disposición de dicho Decreto, ello no implica impedimento o estorbos para la libre circulación de los billetes ni menos desconocimiento del derecho de venderlos cuando procedan de las loterías de otros departamentos. Claro está que gravar el valor de tales billetes al venderse en el territorio del Departamento del Atlántico, no es desconocer su libre circulación y venta, pues si así fuera, cualquier impuesto de tal naturaleza produciría el desconocimiento que alega el demandante; es decir, que el argumento prueba demasiado.

Por último, tampoco se ve por qué se haya violado el artículo 204 de la Constitución, según el cual ciertas disposiciones sobre impuestos no entran a regir sino después de la expiración de los plazos allí señalados; como quiera que es doctrina aceptada la de que la recaudación de impuestos que se decreten como efecto de medidas extraordinarias tomadas dentro del estado de sitio, no están en las mismas condiciones de aquellas otras que se toman en tiempos normales. De no ser así, es decir, si los decretos sobre impuestos que puede dictar el Gobierno dentro del estado de sitio, no entraran a regir inmediatamente, se frustraría uno de los medios que la propia Constitución ha previsto para el restablecimiento del orden.

En resumen:

1º—No se trata ni de un monopolio ni de un privilegio, sino simplemente de un impuesto destinado exclusivamente a satisfacer una necesidad inaplazable de la capital del Departamento del Atlántico, como es la construcción de un hospital, medio adecuado y eficaz para cumplir con la obligación que impone al Estado el artículo 19 de la Carta, o sea la de la asistencia pública;

2º—El cumplimiento de esta obligación puede volverse más apremiante e inaplazable cuando ocurren circunstancias que perturban el orden público; y, justificar con mayor razón la necesidad del Decreto dictado en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 al Presidente de la República;

3º—Aunque hay una ligera impropiedad en la redacción de los artículos acusados, porque se valen del verbo "autorizar" cuando encargan al Gobernador del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla para recaudar los impuestos allí determinados y porque se califican de "sobretasas", en el fondo no existe delegación de ninguna clase y menos de la que contempla el artículo 135 de la Carta porque, como ya se vió, los artículos acusados establecen directamente los respectivos impuestos y sólo se limitan a encomendar su recaudo y efectividad a los funcionarios locales a cuyo cargo corre la administración de los intereses públicos en el Departamento del Atlántico y en su capital; y porque la delegación contemplada en el art. 135 citado, es de las funciones administrativas propias del Presidente de la República, o mejor, de las que le corresponden como suprema autoridad administrativa; en tanto que con el Decreto acusado lo que se hace es decre-

tar unos impuestos en uso de facultades especiales que le corresponden al mismo Presidente, de acuerdo con el artículo 121 de la Constitución, por razón de hallarse perturbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la Nación.

Sentencia:

Por las consideraciones que preceden la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, ejercitando la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide que son EXEQUIBLES los artículos 10, 11 y 12 del Decreto extraordinario número 656 de 1953.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

Roberto Goenaga. — Manuel Barrera Parra. Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis Enrique Cuervo A. — Jesús Estrada Monsalve. — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — José Hernández Arbeláez. — Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Felipe Latorre. — Julio Pardo Dávila. — Néstor Pineda. — Domingo Sarasty Montenegro. — Alberto Zuleta Angel. — Luis Zafra. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NATURALEZA DE LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD. — NO PROCEDE RESPECTO DE ACTOS INSUBSISTENTES

La Corte en jurisprudencia constante y uniforme ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión de inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, treinta (30) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

En libelo presentado el 17 de enero de 1951 el ciudadano Severo Galindo Diaz, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide a esta corporación se declare inexequible el Decreto Legislativo Nº 3564 de 30 de noviembre de 1950 "por el cual se amplia el beneficio de la Prima de Navidad de que trata la Ley 45 de 1945", dictado en ejercicio de las atribuciones del artículo 121 de la Constitución Nacional.

El Decreto acusado estableció lo siguiente:

"Artículo 1º—A partir del año de 1950, tienen derecho a recibir la Prima de Navidad, creada por la Ley 45 de 1945, todos los empleados y obreros al servicio de la Nación, que tengan la calidad de tales el primero (1º) de diciembre, por lo menos, de cada año, bonificación que equivaldrá al cincuenta por ciento (50%) del sueldo mensual asignado al respectivo cargo en treinta (30) de noviembre del año a que corresponda cada prima, con tal que el funcionario favorecido, haya prestado sus servicios a la Nación por lo menos siete (7) meses en cada año y no devengue una asignación superior a mil pesos ($ 1.000) mensuales.

"Artículo 2º—Quedan suspendidas en esta forma las disposiciones de la Ley 45 de 1945, que sean contrarias a las contenidas en el artículo anterior".

En concepto del demandante el mencionado Decreto violó los artículos 30 y 121 de la Carta: el primero por haber desconocido el derecho adquirido por los empleados y obreros nacionales a la Prima de Navidad de acuerdo con la Ley 45 de 1945, y el segundo por extralimitación de las atribuciones allí conferidas al Presidente de la República en estado de sitio.

Corrido el traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, éste se pronunció por la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Al ir a fallar sobre la presente demanda, la Corte encuentra que el acto acusado dejó de regir desde el 25 de septiembre de 1953, por virtud de la expedición del Decreto Legislativo Nº 2501 de tal fecha, que a la letra dice:

"DECRETO Nº 2501 de 1953
(septiembre 25)

por el cual se amplía el beneficio de la Prima de Navidad a los empleados postales y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional,

Decreta:

Artículo 1º—A partir del presente año, el personal de empleados del Ramo Postal tendrá derecho a percibir la Prima de Navidad, creada por la Ley 45 de 1945, en lugar de la doble asignación concedida por leyes anteriores.

Artículo 2º—La Prima de Navidad, equivalen-

te al cincuenta por ciento (50%) del sueldo mensual se pagará a todos los empleados y obreros al servicio de la Nación cuya asignación no sea superior a mil pesos ($ 1.000,00) mensuales en proporción al tiempo servido durante el año por meses cumplidos y de acuerdo con el último sueldo devengado, para lo cual el valor de dicha prima se dividirá en doceavas partes.

Artículo 3º—La Prima de Navidad deberá ser pagada con la primera quincena del mes de diciembre de cada año.

Artículo 4º—Quedan suspendidas en esta forma todas las disposiciones contrarias a este Decreto, que regirá a partir de la fecha de su expedición".

El Decreto transcrito fue publicado en el Nº 28.315 del "Diario Oficial", correspondiente al 7 de octubre de 1953.

Como fácilmente puede observarse, los artículos 1º, 2º y 3º han reglamentado, en forma transitoria, la materia relativa al reconocimiento y pago de la Prima de Navidad a los empleados y obreros nacionales, reemplazando la norma, también transitoria, establecida en el Decreto Legislativo Nº 3564 de 1950, objeto de la acusación, la cual quedó derogada tácitamente por fuerza de aquellas disposiciones posteriores (C. C., art. 71; Ley 153 de 1887, art. 39).

La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración, por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada (Corte Plena: julio 12 de 1918, XXVI, 309; mayo 26 de 1933, XXX, 26; junio 21 de 1926, XXXII, 363; julio 25 de 1932, XXXVIII, 121; julio 28 de 1935, XLII, 6; diciembre 6 de 1935, XLII, 295; septiembre 10 de 1940, XLIX, 810; diciembre 5 de 1940, L, 333; julio 23 de 1942, LIV, 1; febrero 10 de 1945, LVIII, 2; junio 10 de 1946, LX, 649; octubre 6 de 1947, LXII, 601; septiembre 3 de 1947, LXVIII, 2; noviembre 3 de 1950, LXVIII, 514 y 515; junio 26 de 1951, LXX, 1 y 2; septiembre 26 de 1951, LXX, 389; octubre 22 de 1954, LXXVIII, 841).

De consiguiente, en el presente negocio por haber sido derogado el decreto acusado, la Corte carece de materia sobre que pueda recaer la declaración de exequibilidad o inexequibilidad.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 214 de la Carta, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

Decide:

No hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada por Severo Galindo Díaz contra el Decreto Legislativo Número 3564 de 30 de noviembre de 1950.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, comuníquese a los Ministros de Gobierno y Trabajo y archívese el expediente.

Roberto Goenaga. — Manuel Barrera Parra. Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis Enrique Cuervo. Jesús Estrada Monsalve. — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. — José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez. — Ricardo Jordán Jiménez. Luis Felipe Latorre. —Julio Pardo Dávila.— Néstor Pineda. — Domingo Sarasty Montenegro. Luis Zafra. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ABUSO DEL DERECHO DE REVOCACION DEL MANDATO JUDICIAL. — INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES EN LA RESPONSABILIDAD POR ABUSO DEL DERECHO. — INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS MORALES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

1.—Por el hecho de que una persona acredite legalmente como apoderado suyo en determinado negocio judicial, a un abogado en ejercicio, y de que éste acepte ante el juez respectivo el poder conferido, se entiende perfeccionado un contrato de mandato: el interesado confía al abogado su representación dentro del negocio en cuestión, y el profesional toma a su cargo la defensa de los intereses de su cliente obligándose a ejecutar los actos adecuados a tal objeto. En la doctrina y la jurisprudencia se acepta que el abogado tiene en tales casos los derechos y obligaciones de un verdadero mandatario. Y esta solución coincide cabalmente con las normas sustantivas que definen y reglamentan el mandato (C. C., artículos 2142, 2144, 2146, 2150). El mandato judicial "se rige especial y preferentemente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el capítulo II, bajo el epígrafe "apoderados", sobre su celebración y forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido a la normación general del mandato" (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 675).

2.—En general todo mandato termina por las mismas causas que los demás contratos. Pero considerándose que él se celebra siempre INTUITU PERSONAE, termina además, por voluntad unilateral o por muerte de una u otra de las partes. El mandato judicial termina en los mismos casos señalados en el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales previstas en el C. J. Según el num. 4º de la norma citada, el mandato termina por la renuncia del mandatario. Pero para que ésta ponga fin al contrato, "es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el art. 2133 de la misma obra, no tiene fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia causa al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. J." (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 674). Conforme al num. 3º del mismo artículo 2189, el mandato termina "por la revocación del mandante". Y según el art. 2191, "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio". "La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a otra persona" (artículo 2190). Y en materia de mandato judicial, se establece que "con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior, a menos que sea para otra instancia o para recurso o acciones determinadas" (C. J., art. 266). El mandato judicial termina "por el desempeño del encargo para que fue constituido" (C. C., art. 2189, num. 1º).

3.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial aceptada por la Corte hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar, o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el

derecho, sirven al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta. En materia contractual tiene cabida el abuso del derecho. Puede presentarse en la formación del contrato, en su ejecución y aún en el período post-contractual.

4.—La doctrina y la jurisprudencia admiten que aunque no exista en la ley positiva ninguna disposición que restrinja el derecho de revocación del mandante, este derecho no es absoluto sino relativo, y no puede ejercitarse abusivamente con perjuicio del mandatario que ha cumplido honrada y lealmente sus obligaciones. Se contempla entonces un caso de ABUSO DEL DERECHO, al cual se le aplican las reglas que estructura esta figura jurídica. La Corte en fallo pronunciado hace más de medio siglo, dio el primer paso decisivo en la consagración de la doctrina del abuso de los derechos contractuales, respecto de la facultad de revocación del mandante. "La revocación del mandato —dice— es un derecho que interesa a la sociedad, porque es de utilidad pública poder prevenir el dolo, y es por eso por lo que la condonación del dolo futuro no vale; y siendo así, no podrá renunciarse ese derecho por convenios particulares, como lo previene el artículo 16 del C. C. Pero si eso es cierto, también lo es que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios al mandatario" (Casación, mayo 20 de 1899, XV, 8). En este fallo se establece claramente: 1º. Que el derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifica y por el derecho ajeno; 2º Que ese derecho de revocación debe ejercitarse por motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario; 3º Que la revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia.

5.—La revocación de un mandato judicial, hecha en forma intempestiva o sin motivo legítimo por parte del mandante, constituye un abuso del derecho que puede dar lugar a acción indemnizatoria de los perjuicios materiales y morales sufridos por el mandatario. En tal caso el mandante incurre en responsabilidad por culpa aquiliana en razón del abuso del derecho de revocación: el abuso puede consistir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, cuando se procede movido por la intención de dañar (ANIMUS NOCENDI) hasta la simple negligencia o imprudencia, no intencionadas, por la falta de precauciones para no causar daño al mandatario removido.

6.—La Corte en abundante y reiterada jurisprudencia ha establecido que en materia de responsabilidad por culpa aquiliana, la indemnización a que tiene derecho la víctima comprende tanto los perjuicios materiales como los morales. En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza del que se demande para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio. El daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. Surge entonces el daño moral objetivado, que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio se objetive y por esa vía se llega a la reparación debida. Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto, resulta ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Pero aunque imposible la REPARACION del daño intrínsecamente moral, ello no implica que no haya de quedar sin una SATISFACCION de orden pecuniario. Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los prin-

c'pios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivado admite la ley una pequeña satisfacción pecuniaria, que se gradúa prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del C. P. Esta norma tiene aplicación en tratándose de fijar el PRETIUM DOLORIS, pero no respecto de los perjuicios morales objetivados que por su repercusión sobre el patrimonio material pueden ser avaluados pericialmente. La demostración de la existencia del daño moral subjetivo no puede ser directa sino indirecta, a base de simples presunciones de hombre de las cuales se infiera el dolor o molestia sufrido por la víctima. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales (C. J., artículo 705), es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, dentro del límite de la ley, como único medio de regulación al alcance de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis (6) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

Inconforme la parte actora con el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, el 11 de junio de 1954 en el juicio ordinario del doctor Medardo Castro contra el doctor Jorge Sabogal H., recurrió en casación mediante demanda sobre cuyo mérito decide la Corte.

I—ANTECEDENTES:

1.—El doctor Medardo Castro, abogado en ejercicio, demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Villavicencio, al Dr. Jorge Sabogal, para que éste fuera condenado a pagarle lo siguiente: a) el valor de los servicios profesionales que le prestó, conforme aparece de los hechos relatados en el libelo, servicios estimados en la suma de $ 5.000.00 pero cuyo justiprecio debe hacerse mediante dictamen de peritos; b) el valor de los perjuicios morales a que se refiere el mismo libelo, cuya estimación señala en la suma de $ 50.000.00, pero cuyo justiprecio debe hacerse con intervención de peritos; c) el monto de los gastos hechos en ejercicio del mandato conferido; d) los gastos del juicio.

2.—Los hechos que sirven de fundamento a la demanda pueden sintetizarse así:

Sabogal solicitó y obtuvo los servicios profesionales de abogado de Castro para que éste rescatara de manos de Eduardo Camargo Patiño valores en dineros y acciones por valor mayor de $ 20.000.00. Castro después de conversaciones infructuosas con Camargo Patiño y en ejercicio de poder conferido por Sabogal acudió ante las autoridades para lograr la detención preventiva de Camargo a quien denunció criminalmente Sabogal, por abuso de confianza. En el proceso penal Sabogal se hizo parte civil por medio de su apoderado. Arrestado provisionalmente Camargo, los parientes de éste se entendieron con Castro para asegurar el reconocimiento y pago de los valores. Sabogal fue noticiado de las gestiones adelantadas por Castro y cuando ellas estaban a punto de culminar satisfactoriamente para los intereses de aquél, resolvió retirarle la confianza y prescindir de los servicios de su apoderado y constituir uno nuevo. Castro solicitó a Sabogal le diera el nombre del abogado que iba a reemplazarlo a fin de hacer la sustitución del poder, pero no quiso hacerlo y revocó en forma intempestiva el mandato, sin pagar los honorarios de Castro y los gastos hechos por éste. Por otra parte, Castro ha recibido de Sabogal graves lesiones en su honra y crédito profesional por razón de sus actuaciones en el citado negocio.

3.—El demandado se opuso a las pretensiones del actor. Del libelo de respuesta cabe destacar las siguientes declaraciones:

Sabogal aceptó los servicios profesionales de Castro en el negocio judicial a que se refiere la demanda y le dio poder para que lo representara como parte civil en el proceso penal contra Eduardo Caballero. Enterado por Castro de las gestiones que éste adelantaba para la defensa de sus intereses, se mostró en desacuerdo con su apoderado en cuanto a la fórmula que aquél había ideado para terminar el proceso penal, una vez asegurada la deuda resultante a su cargo

mediante garantía hipotecaria. Por este desacuerdo, Sabogal resolvió prescindir de los servicios de Castro y cambiar de abogado. "Si revoqué el poder, que como tal, era revocable, de acuerdo con la ley —declara Sabogal—. Ejercí así un derecho con fundamento en hechos que serán demostrados en el juicio".

"La revocación del poder no la hice —agrega el demandado— sino cuando por obra de las gestiones de Castro se me estaba comprometiendo en una maniobra sucia, con el fin de librarme de ello y cuando descubrí que a mis espaldas se estaban adelantando otras reclamaciones pecuniarias por parte de Castro" (Cuad. 1º, f. 28 v.).

4.—Citadas las partes para sentencia y antes de fallar el negocio en primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio, en virtud de manifestaciones hechas por el demandado Sabogal respecto de las actuaciones de Castro como apoderado suyo, ordenó que con copia de lo conducente se abriera investigación penal sobre el delito de colusión de que aparecía sindicado este último según la siguiente declaración hecha por Sabogal:

"Puede que las gestiones llevadas a cabo por el doctor Castro, el abogado de Camargo Patiño y los familiares de éste, hubieran sido hechas o mejor dicho hubieran servido para sacar a Patiño de la prisión y evitar la deshonra de sus familiares, no sucediendo lo mismo conmigo a quien dejaba en la puerta de la cárcel y seguramente a pagar indemnizaciones fuertes, si hubiera aceptado del doctor Castro el careo que de antemano habían preparado con el sindicado en que éste hacía la afirmación que yo le había autorizado por teléfono, para vender las acciones de Avianca y que yo reconociera que tal hecho había sido cierto....." (Cuad. 1º, f. 12).

Y también ordenó el mismo Juzgado que se suspendiera la controversia civil hasta que se decidiera por providencia definitiva el proceso penal que debía iniciarse sobre el delito de colusión imputado a Castro.

El Juzgado 2º Penal del Circuito, a quien correspondió decidir sobre el mentado proceso, en sentencia del 4 de diciembre de 1951, ordenó "cesar todo procedimiento criminal contra el Dr. Medardo Castro Rojas, por cuanto los hechos investigados no son constitutivos de delito, y por consiguiente, dicho profesional no ha violado la ley penal.". Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 21 de marzo de 1952, en donde se afirma que "la inocencia del acusado respecto del delito de colusión no ofrece la menor duda". (Cuad. 1º, folios 60-66).

5.—Hallándose en curso el anterior proceso penal, el doctor Sabogal dirigió el siguiente despacho telegráfico:

"Villavicencio, abril 26 de 1951. Nº 000080. Presidente Corte Supremo Justicia. Bogotá. Sé que doctor Medardo Castro está postulado Magistrado Tribunal. Contra él curso sumario Juzgado Circuito Penal ésta por grave delito denunciado oficio Juez Civil mismo Circuito. Convendría solicitara informes juzgado. Atentamente (Fdo.) Jorge Sabogal H. Médico". (Cuad. 5º, f. 20 v.).

6.—El proceso penal iniciado por Sabogal contra Eduardo Camargo Patiño terminó con sentencia definitiva del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 16 de noviembre de 1948, por medio de la cual se ordenó cesar todo procedimiento penal contra el sindicado, confirmando lo decidido por el Juzgado 1º Superior de Bogotá que conoció de tal proceso (Cuad. 5º folios 22-32). En el expediente respectivo se encuentra el siguiente documento suscrito y reconocido notarialmente por el doctor Jorge Sabogal H.:

"Hago constar, por medio de la presente declaración, que el señor Eduardo Camargo Patiño me pagó o aseguró el valor de las acciones de Bavaria y Avianca que dicho señor vendió en Bogotá y que eran de mi propiedad. En virtud de ello el suscrito, que venía ejerciendo una acción civil dentro del proceso penal que se adelantaba contra el señor Camargo Patiño por la venta de tales acciones, presentó ante el señor Juez Segundo del Distrito Judicial de Bogotá —Juez del conocimiento, un memorial de desistimiento de aquella acción civil, no sólo por considerar que el señor Camargo en esa forma no había causado perjuicio en el patrimonio del suscrito, sino que averiguaciones posteriores hechas por el suscrito lo llevaron al convencimiento de que el señor Camargo no había hecho venta de las acciones con ánimo doloso y de que por consiguiente no había cometido delito....." (Cuad. 5º, fs. 22v. y 23).

En la citada providencia del Tribunal se encuentra la siguiente consideración:

"Por repetidas ocasiones el denunciante doctor Jorge Sabogal, ha expresado que el incriminado Camargo Patiño, al vender las acciones, no lo hizo con ánimo doloso y que no le ocasionó ningún perjuicio, manifestación ésta que se debe tener en cuenta, porque viene de la persona que en un principio se sintió lesionada en sus intereses y que creyendo que se había cometido al-

gún delito formuló la correspondiente denuncia; y de la cual se desprende, hablando jurídicamente, que los elementos que integran el delito contra la propiedad porque se denunció a Camargo Patiño, no han tenido existencia; o más claro, que Camargo Patiño no se apropió en provecho suyo o de un tercero, de alguna cosa mueble ajena, que se le hubiera entregado o confiado a título no traslaticio de dominio". (Cuad. 5º, folios 31v. y 32).

7.—Una vez pronunciado fallo definitivo en el proceso penal seguido a Castro por el supuesto delito de colusión, el Juzgado del Circuito de Villavicencio falló en primera instancia la presente litis mediante sentencia de 3 de julio de 1952, cuya parte resolutiva dispone:

"1º—Condénase al Dr. Jorge Sabogal H., mayor de edad, vecino de Villavicencio, a pagar al doctor Medardo Castro también mayor de edad, vecino de Bogotá, el valor de los servicios profesionales que le prestó, judicial y extrajudicialmente, para la obtención del pago de diez y siete mil pesos que adeudaba al primero, Eduardo Camargo Patiño, procedente del valor de unas acciones de la empresa Aerovías Nacionales S. A., y otras de Bavaria.

"2º—Condénase al mismo Dr. Sabogal H. a pagar al mismo doctor Castro el valor de los gastos razonables que éste haya tenido que hacer en el desempeño de su cargo.

"3º—Para determinar la cantidad líquida a que asciende las dos condenaciones anteriores, se seguirán las siguientes reglas: a). Por medio de peritos se fijará el monto de los honorarios profesionales, teniendo para esto en cuenta, todas las actividades desplegadas por el doctor Castro en el desempeño de su misión y de que haya constancia en el expediente. b). Para determinar el monto de los gastos razonables, se tendrán en cuenta las comprobantes que presenta el doctor Castro, en cuanto esos gastos sean razonables, lo cual será también estimado por los mismos peritos, y

"4º—No se condena al Dr. Sabogal H. al pago de los perjuicios morales, por no haberlos ocasionado. Sin costas".

8.—Apelado el fallo anterior sólo por el actor, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia proferida el 11 de junio de 1954, resolvió así:

"1º—Condénase al Dr. Jorge Sabogal H. mayor de edad y vecino de Villavicencio, a pagar al Dr. Medardo Castro también mayor de edad y de esta vecindad, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el valor de los servicios profesionales que le prestó judicial y extrajudicialmente, para la obtención del pago de diez y siete mil pesos que adeudaba al primero Eduardo Camargo Patiño, procedente del valor de unas acciones de la Empresa de Aerovías Nacionales S. A., y otras de Bavaria, los cuales se fijan en la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) moneda corriente;

"2º—Condenar al citado Dr. Jorge Sabogal H. a pagar a favor del Dr. Medardo Castro, el valor de los gastos que éste tuvo que hacer en el desempeño de su cargo.

"**Parágrafo:** Como de autos no se estableció su monto, se dispone se regulen mediante el procedimiento señalado por el art. 553 del C. J.;

"3º—Absolver al demandado Jorge Sabogal H. de los cargos formulados en el libelo en cuanto hace relación a los perjuicios morales;

"4º—Sin costas en la instancia.

"Queda en los anteriores términos **reformada** la sentencia de fecha tres de julio de mil novecientos cincuenta y dos pronunciada por el señor Juez Civil del Circuito de Villavicencio en el juicio ordinario adelantado por el Dr. Medardo Castro contra el Dr. Jorge Sabogal H."

9.—Contra la sentencia definitiva de segunda instancia interpuso casación, sólo la parte actora. Concedido y admitido el recurso, la demanda fue formalizada en tiempo, hallándose el negocio listo para recibir la correspondiente decisión de la Corte.

II—Sentencia acusada.

Según lo expuesto anteriormente, el Tribunal por medio de la sentencia, objeto de la acusación, condenó al demandado Sabogal al pago tanto de los servicios profesionales prestados por el actor como de los gastos cumplidos en ejercicio del mandato. Pero lo absolvió de la indemnización de perjuicios morales reclamada por el demandante.

Esta absolución se basa en las siguientes consideraciones del Tribunal:

"El hecho básico alegado por el actor para instaurar la acción consiste en que el demandado revocó, pura y simplemente, un poder que éste le había conferido a aquél para que lo representara, a fin de obtener que don Eduardo Camargo Patiño reintegrara determinada cantidad de dinero que el Dr. Jorge Sabogal H. le había entregado para adquirir acciones en sociedades anónimas. Posteriormente surgieron varios hechos cumplidos por el demandado, y que el demandan-

te considera como lesivos de su patrimonio moral, tales como las afirmaciones que el Dr. Jorge Sabogal H. hizo en la diligencia de absolución de las posiciones que le hizo absolver, antes de iniciarse este juicio, el Dr. Medardo Castro. Trabada la litis, afirma el demandante que su contraparte continuó causándole perjuicios morales ya por las declaraciones hechas por el Dr. Sabogal H. en distintas oportunidades, como por un telegrama que el mismo dirigió a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, por la época en que el nombre del Dr. Medardo Castro figuraba entre los posibles candidatos para ocupar una plaza en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá."

La revocatoria del poder que Sabogal había conferido a Castro sobrevino después de que éste manifestó a aquél que quedaba en libertad de constituir nuevo apoderado, lo cual equivalía a una renuncia. "Por la misma actitud del apoderado Dr. Castro, en cuanto a la renuncia del poder, el Dr. Sabogal H. demandado, procedió a constituír un nuevo apoderado y manifestó al Juez que estaba conociendo de la **investigación** (subraya el Tribunal) que revocaba el poder. No se conocen los términos del escrito presentado por el Dr. Sabogal, pero todo induce a concluir que se trató de una revocación pura y simple; y no se pierda de vista que según lo confiesa el mismo demandante, ese escrito fue presentado en un negocio que estaba en la etapa de simple investigación, o sea cuando permanecía con el carácter de reservado, y que por lo tanto no podía ser del dominio público. Es decir: se trató de un acto ante un funcionario que tenía el carácter de investigador y que sólo podía ser conocido por el mismo funcionario, por su secretario, por el Agente del Ministerio Público, por el sindicado y por los abogados que en tales diligencias investigativas estaban interviniendo.

"Esto significa que el hecho de la revocatoria del poder no fué público y notorio y que además se trataba del ejercicio del derecho que tenía el Dr. Sabogal H. de constituír nuevo apoderado en vista de la manifestación que le había hecho el Dr. Castro en el sentido de "le dijese a quien debía sustituir los poderes". Esta manifestación equivale, claramente, a una renuncia del poder y en tal caso no procedía la sustitución, porque si así hubiera sucedido, el apoderado podía, en cualquier tiempo reasumir el poder, y de esto no se trataba".

El Tribunal agrega:

"Tenía el Dr. Sabogal H. obligación legal de dar a conocer al Dr. Castro el nombre del nuevo apoderado? Sería ilícito conferir un nuevo poder? Será un abuso del derecho haber actuado como lo hizo el Dr. Sabogal H.?. Negativamente deben contestarse estos interrogantes, porque ya el apoderado había prácticamente renunciado el poder y por lo tanto el demandado en este juicio tenía pleno derecho de nombrar a la persona que debía asistirlo en las diligencias que le interesaban.

"Ni puede culparse al Dr. Jorge Sabogal H. de no haber encontrado aceptable la fórmula que le presentó el Dr. Castro para que la estudiara, porque precisamente el hecho de someter a su consideración tal fórmula, implicaba, como es apenas natural, que el Dr. Sabogal podía aceptarla o desecharla, y porque la libertad para opinar que tiene toda persona en asunto que le interesa, no puede estar restringida por la circunstancia de haber otorgado un poder.

"Si el Dr. Jorge Sabogal H. hubiera dicho al funcionario investigador que revocaba el poder que tenía conferido al Dr. Medardo Castro por los malos manejos del apoderado sin ser ello cierto, es claro que esto sí constituiría un hecho ilícito, con todas sus consecuencias. No aparece, se repite, el memorial de revocación, pero el mismo demandante afirma que tal revocación se hizo pura y simplemente, sin salvedad ninguna; la ley no obliga al poderdante a decir nada respecto de su anterior apoderado. Es costumbre hacerlo como cosa de cortesía pero la omisión de esa fórmula no constituye por sí un hecho ilícito ni una culpa".

Por otra parte, el Tribunal estima que las injurias que Castro imputa a Sabogal, fueron precedidas de otras que aquél había proferido contra éste, según aparece de la correspondencia procedente del mismo demandante.

Dice el Tribunal:

"Dos procesos de carácter penal surgieron de este juicio ordinario: uno contra el Dr. Medardo Castro, por colusión, y otro contra el Dr. Jorge Sabogal H., por extorsión y chantaje. Los dos procesos nacieron de las declaraciones hechas ante la justicia por los dos señores nombrados y los dos terminaron favorablemente para los acusados.

"De lo que se deja anotado se concluye que el Dr. Sabogal H. demandado, revocó un poder al Dr. Castro demandante, y que no le pagó el valor de los servicios profesionales; que el demandante, con anterioridad a la presentación de la demanda ya había tratado al demandado de 'Vi-

Lano', en varias ocasiones, y que el demandado, para justificar su actitud manifestó que había revocado el poder que tenía conferido al doctor Castro, porque la fórmula de arreglo que éste propuso en el asunto con el señor Camargo Patiño, la consideró notoriamente peligrosa para sus intereses e inaceptable por inmoral y expone las razones que tuvo para llegar a ese convencimiento.

"El telegrama que el Dr. Sabogal H. dirigió a la H. Corte Suprema de Justicia, y que atrás se mencionó, constituye un hecho que pueda ser censurable, pero no puede decirse que a ese hecho se debiera que el Dr. Castro no fuera elegido Magistrado. La certificación del Sr. Presidente de la Corte se reduce a decir que el telegrama fue recibido cuando se estudiaban los nombres de los candidatos a Magistrados y que el nombre del Dr. Castro fue formalmente considerado y discutido, con resultados desfavorables para tal aspiración.

"En resumen: No aparece que el hecho de la revocatoria del poder ni que las expresiones consideradas como injuriosas por el Dr. Castro aparejen culpa para el Dr. Sabogal H. y por lo tanto falta uno de los elementos esenciales, que en virtud del artículo 2.341 del Código Civil deben acreditarse para configurar la responsabilidad legal por el ilícito".

Por último, el Tribunal considera que no se hallan demostrados en el proceso los perjuicios morales objetivados que el demandado reclama.

El Tribunal considera que no existe, en el caso **sub judice**, prueba de los perjuicios morales objetivados. "En ninguna parte aparece que el demandante haya visto disminuida su clientela, ni que se le hayan retirado poderes, ni que haya tenido que clausurar su oficina de Abogado establecida en Villavicencio, ni mucho menos que el intenso dolor haya apocado la capacidad del Dr. Castro para el ejercicio de su profesión. Muy al contrario: de la lectura de los muchos memoriales que aparecen firmados por el Dr. Castro se deduce que dicho caballero no ha perdido nada de su lucidez intelectual ni de su ánimo combativo para ejercer su profesión".

III—Demanda de casación.

El recurrente invoca la causal primera del art. 520 del C. J., acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva y cita como infringidos los artículos 2341, 2343, —inc. 1º—, y 2356 inciso 1º, del C. C.

Los cargos que el recurrente sustenta con fundamento en dicha causal, se enderezan a solicitar la infirmación del fallo recurrido en cuanto éste absolvió al demandado respecto del pago de los perjuicios morales.

Los cargos pueden resumirse así:

1º—Errores manifiestos de hecho tanto en la interpretación de la demanda como en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado y de otros actos escritos procedentes del mismo, al través de los cuales se infringieron las disposiciones sustantivas atrás citadas;

2º—Error manifiesto de hecho en la apreciación de las mismas posiciones (respuesta a la pregunta 19ª) con infracción indirecta de las referidas disposiciones del C. Civil. Y violación directa del artículo 2341 **ibidem** por indebida aplicación.

3º—Violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil por haberse dejado de apreciar un dictamen pericial y las piezas que éste cita. Y violación directa por errónea interpretación de las mismas normas;

4º—Errores de hecho manifiestos al dejar de apreciar la manifestación contenida en la respuesta del demandado a la pregunta 19ª de las posiciones, que condujeron a la violación de los artículos antes citados;

5º—Error de hecho manifiesto al dejar de apreciar la respuesta dada por el demandado a la pregunta 20ª de las posiciones, con infracción indirecta de los mismos preceptos;

6º—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de unas cartas del demandante, y de las posiciones del demandado y otras declaraciones de éste, con violación indirecta de aquellos preceptos;

7º—Errores de derecho y de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendidos por los doctores Esguerra y Gacharná, al través de los cuales se infringieron las normas referidas;

8º—Errores de derecho y de hecho en la apreciación de un telegrama dirigido por el demandado a la Corte Suprema de Justicia, con violación indirecta de las mismas disposiciones.

IV—Examen de los cargos.

Al través de la sustentación de los cargos expresados, aparece formulada la siguiente acusación contra la sentencia del Tribunal:

El sentenciador absolvió al demandado del pago de los perjuicios morales impetrados por el actor, porque: 1º Halló demostrado que el man-

dato judicial conferido por Sabogal a Castro, había terminado por renuncia del mandatario; 2º No encontró probado que Sabogal hubiera procedido con dolo o culpa al dar por terminado el mandato judicial que había confiado a Castro; 3º No están acreditados los perjuicios morales objetivados que se hubieran causado a Castro por la terminación del mandato judicial.

En concepto del recurrente el Tribunal llegó a tales conclusiones por una errónea apreciación de las pruebas que se analizan en la demanda, de las cuales aparece demostrado en forma evidente que el mandato terminó por revocación del mandante, hecha en forma maliciosa y abusiva, causando agravio a la honra profesional y a la dignidad personal del apoderado destituido.

A causa de este error en la apreciación de las pruebas se infringieron los artículos 2341, 2343, y 2356 del Código Civil.

Para el examen cabal de la acusación así formulada, procede la Sala a exponer las siguientes consideraciones de carácter doctrinal:

1.—Por el hecho de que una persona acredite legalmente como apoderado suyo en determinado negocio judicial, a un abogado en ejercicio, y de que éste acepte ante el juez respectivo el poder conferido, se entiende perfeccionado un contrato de mandato: el interesado confía al abogado su representación dentro del negocio en cuestión y el profesional toma a su cargo la defensa de los intereses de su cliente obligándose a ejecutar los actos adecuados a tal objeto.

En la doctrina y la jurisprudencia se acepta incuestionablemente que el abogado tiene en tales casos los derechos y obligaciones de un verdadero mandatario. Y esta solución coincide cabalmente con las normas sustantivas que definen y reglamentan el mandato (C. C., artículos 2142, 2144, 2146, 2150).

El mandato judicial "se rige especial y preferentemente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el capítulo II, título IV, del Libro II, bajo el epígrafe 'Apoderado', sobre su celebración y forma, capacidad, terminación, y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido en lo demás a la normación general del mandato" (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 675).

2.—En general todo mandato termina por las mismas causas que los demás contratos. Pero considerándose, que él se celebra siempre **intuitu personae**, termina además, por voluntad unilateral o por muerte de una u otra de las partes.

El mandato judicial termina en los mismos casos señalados en el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales previstas en el Código Judicial.

Según el num. 4º de la norma citada, el mandato termina por la renuncia del mandatario. Pero para que ésta ponga fin al contrato, "es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el artículo 2193 de la misma obra no tienen fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia causa al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. J." (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 674).

Conforme al numeral 3º del mismo artículo 2189, el mandato termina "por la revocación del mandante". Según el artículo 2191, "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio". "El mandato es revocable **ad nutum**; es que en efecto, constituye un negocio de confianza; si ésta viene a desaparecer, la armadura de la operación viene al suelo; el comitente debe poder desasirse revocando la procuración, sea **expresamente**, sea **tácitamente**". (Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Francais", T. II, Nº 1422, pág. 773).

Según nuestra ley, "la revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a otra persona" (C. C., artículo 2190). Y en materia de mandato judicial, establece que "con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior, a menos que sea para otra instancia o para recurso o acciones determinados" (C. J., art. 266).

El mandato judicial termina "por el desempeño del encargo para el que fue constituído" (C. C., artículo 2189, num. 1º).

(3.—La doctrina y la jurisprudencia admiten que aunque no exista en la ley positiva ninguna disposición que restrinja el derecho de revocación del mandante, este derecho no es absoluto sino relativo y no puede ejercitarse abusivamente con perjuicio del mandatario que ha cumplido honrada y lealmente sus obligaciones. Se contempla entonces un caso de **abuso del derecho**, al cual se le aplican las reglas que estructuren esta figura jurídica.)

A.)—Colin y Capitant afirman que "la jurisprudencia aplica en este punto la misma regla que en materia de contrato de trabajo, decidiendo que si la revocación se ha hecho de tal manera que constituya un abuso del derecho, es decir, una falta, el mandatario puede exigir la indemnización de daños y perjuicios" (A. Colin y R. Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", 2ª edición española, 1949, T. IV, pág. 805).

B.)—Planiol y Ripert exponen:

"La jurisprudencia, en principio, considera el mandato retribuído tan revocable como el gratuito, pero tiende a corregir esa regla cuando la revocación no ha respetado los plazos de despido admitidos por la costumbre o requeridos por el contrato, o cuando, al no justificarse en el mandante por ninguna razón aceptable, y siendo contraria al espíritu del contrato, haya causado al mandatario un perjuicio ilegítimo. Tal es el caso de abuso, el cual si bien deja en pié la revocación del mandato, asegura al mandatario el derecho a una indemnización. Ese abuso se aprecia exactamente del mismo modo que el abuso del derecho de despido en el arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado" (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. XI, Nº 1491, pág. 344)

C.)—Josserand dice:

"Si bien no se encuentra en el Código Civil ninguna disposición que venga a condicionar el derecho de revocación, se admite en jurisprudencia y en doctrina que este derecho no es **absoluto** sino **relativo**; no puede ejercerse sino razonablemente, por un **motivo legítimo**, sin el cual la responsabilidad del mandante puede ser comprometida hacia el mandatario a quien su arrepentimiento cause perjuicio; aunque el mandato puede ser revocado **ad nutum**, su retractación ofrece una ocasión al abuso, por ejemplo, si procede del deseo de apropiarse la clientela del mandatario; de manera general, si no está justificado por circunstancias en las cuales aparezca una causa plausible" (Louis Josserand, T. II, 1424, página 774).

4.—La teoría del abuso del derecho ha sido admitida y sostenida por la Corte de manera uniforme en reiterados fallos de casación al punto de constituir doctrina incorporada definitivamente en la jurisprudencia nacional (agosto 19 de 1935, XLII, 452 y 459; octubre 30 de 1935, XLIII, 313 y 314; febrero 21 de 1938, XLVI, 58-61; agosto 24 de 1938, XLVII, 56 y 57; marzo 24 de 1939, XLVII, 743; octubre 5 de 1939, XLVIII, 722; abril 4 de 1940, XLIX, 214 y 215; mayo 19 de 1941, LI, 286-288; marzo 25 de 1942, LIII, 278 y 279; octubre 23 de 1942, LIV bis, 207-209; marzo 7 de 1944, LVII, 76-88; agosto 31 de 1954, LXXVIII, 427).

La jurisprudencia de la Corte ha consagrado la doctrina del abuso del derecho, con fundamento en el artículo 2.341 del C. C., como una forma especial de responsabilidad por culpa aquiliana, en lo cual se sigue la misma trayectoria de la jurisprudencia francesa.

Ha dicho la Corte:

"La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obra "**De l' Esprit des droits et de leur relativité. Teorie dite de labus des droits**" -1927- da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad.

"A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esta desviación. Vanamente alegárase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman la **juridicidad**, o conjunto de la regla social.

"De esta manera el antiguo adagio latino: **neminem laedit qui jure sue utitur**, que tomando en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro".

"Comprendida de este módo, la vieja regla romana, —agregan Colin y Capitant— lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independen-

cia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él".

"Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, **animus nocendi**, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso por ejemplo el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de sacar una fuente o manantil de su vecino; o el acreedor que por su espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aún hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa, menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontrárase en el segundo caso el que pone un denuncio criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937, Nº 1927, páginas 419 a 422).

"Para que haya abuso del derecho —dicen los citados Colin y Capitant— no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el **animus nocendi**. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado". Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito.

"Para que una perfecta irresponsabilidad —escribía mucho tiempo antes Larombière— garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites".

"Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado (1936) decía: "Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual hace del abuso una idea mucho más comprensiva: es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; el criterio puramente **intencional** tiende a sustituir un criterio **funcional**, deducido del espíritu del derecho, de la función que la ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad". (**Evolutions et Actualités. — Conferences de Droit Civil.** — París; 1936).

"De consiguiente es incompleto el criterio rígidamente intelectual, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañosa de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además, del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)". (Casación, febrero 21 de 1938, XLVI, 60).

En síntesis, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta.

3.—En materia contractual tiene cabida el abuso del derecho. Puede presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el período post-contractual.

Como se ha expuesto anteriormente, la doctrina y jurisprudencia francesas han aplicado a la revocación del mandante los mismos principios que limitan la facultad de despido en el contrato de arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado. Tal derecho del mandante no es absoluto sino relativo: su ejercicio sin motivo legítimo constituye un abuso del derecho que puede causar perjuicios al mandatario los cuales deberán ser indemnizados por el mandante.

Ripert estudia la aplicación de tal doctrina respecto de los derechos contractuales y observa cómo allá se afirma especialmente en el ejercicio del derecho de resiliación unilateral en los contratos de duración indeterminada, como puede ocurrir en el mandato, la sociedad y el arrendamiento de servicios. "La resiliación —dice— ha sido aceptada de antemano en favor de las dos partes: se trata, pues, del ejercicio de un derecho contractual. Este ejercicio está dominado por la regla moral de que no se puede romper el contrato con la intención de ocasionar perjuicio a otro" (George Ripert, "La Regle Morale dans les Obligations Civiles", Nº 101, pág. 189).

Josserand ha examinado muy ampliamente la incidencia de la teoría del abuso del derecho en los distintos períodos del contrato de trabajo. Con referencia a la facultad de resiliación expone que ella está constreñida dentro de ciertos límites a saber:

"1º—Límites objetivos ante todo: el autor del rompimiento debe observar los términos del preaviso como estén fijados, ora por la costumbre ora por una convención colectiva porque, en esta materia, el acuerdo colectivo es más fuerte que el acuerdo individual, y a diferencia de este último, es susceptible de derogar la costumbre.

"2º— Luego límites subjetivos. El derecho de resiliación no es un derecho absoluto, sino un derecho relativo, susceptible de abuso. No puede ejercerse sino con conocimiento de causa, por un motivo legítimo; de lo contrario, su ejercicio es abusivo y expone por consiguiente al culpable a una reparación civil, a una condena a indemnización de perjuicios.

"Por lo que toca a saber cuáles son los motivos legítimos de rompimiento, o sean los que justifiquen el ejercicio del derecho de resiliación, cuestión es ésta del dominio judicial: el tribunal apreciará, investigará las circunstancias del rompimiento, y, en el fallo, deberá mencionar expresamente el motivo alegado por la parte que ha roto el contrato. De esta suerte, la Corte de Casación estará facultada para controlar la calificación dada por los jueces de hecho a los motivos alegados, y verificará el carácter pertinente o abusivo de éstos". (Luis Josserand, "El contrato de trabajo y el abuso de los derechos").

En Colombia la Corte Suprema de Justicia en fallo pronunciado hace más de medio siglo, dio el primer paso decisivo en la consagración de la doctrina de los abusos de los derechos contractuales respecto de la facultad de revocación del mandante.

"La Corte no acepta —dijo— que el mandato civil sea alguna vez irrevocable, porque es de la naturaleza de este contrato el que siempre puede revocarse por el mandante, como expresamente lo reconocen los artículos 2189, 2190 y 2191 del Código Civil; y porque la disposición del inciso 3º del artículo 2150 no puede entenderse en sentido contrario al de aquellos artículos, ya que es deber de los jueces armonizarlos y ya que no es posible admitir que la ley hubiera querido impedir al mandante que amparase sus intereses contra el abandono culpable, la ignorancia o la mala fe del mandatario.

"La revocación del mandato es un derecho que interesa a la sociedad, porque es de utilidad pública poder prevenir el dolo, y es por eso por lo que la condonación del dolo futuro no vale; y siendo así, no podrá renunciarse ese derecho por convenios particulares, como lo previene el artículo diez y seis del mismo Código Civil.

"Pero si esto es cierto, también lo es (subraya la Sala) **que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios al mandatario**", (Casación, mayo 20 de 1899, XV, 3).

En este fallo se establece claramente: 1º. Que el derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifico y por el derecho ajeno; 2º Que ese derecho de revocación debe ejercitarse con motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario; 3º Que la revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia.

La Sala reitera y precisa esta doctrina jurisprudencial: cuandoquiera que el mandante revoque el mandato con abuso del derecho, causando perjuicios al mandatario, éste tiene acción indemnizatoria, con aplicación de las normas sobre responsabilidad por culpa aquiliana.

6. La Corte en abundante y reiterada jurisprudencia expuesta en numerosos fallos de las Salas de Casación Civil y Negocios Generales, ha establecido que en materia de responsabilidad por culpa aquiliana, la indemnización a que tiene derecho la víctima comprende tanto los perjuicios materiales como los morales. (Julio 21 de 1922, XXIX, 220; marzo 15 de 1941, L, 794; abril 23 de 1941, LI, 432-435; agosto 21 de 1941, LII, 211; marzo 3 de 1942, LIII, 910; octubre 20 de 1942, LIV, bis, 190; octubre 28 de 1942, LIV bis, 381; noviembre 25 de 1942, LIV bis, 421; 18 de diciembre de 1943, LVI, 678; diciembre 4 de 1952, LXXIII, 903).

De la jurisprudencia de esta corporación se destacan las siguientes conclusiones importantes:

A)—La reparación por daños morales, no definida ni establecida especialmente en nuestro derecho, ha sido desde hace largos años admitida por la jurisprudencia nacional al igual que la referente a perjuicios materiales, en consideración a que la ley no hace diferencia entre las dos especies de daño y a que los intereses morales no pueden estar jurídicamente menos protegidos que los propiamente patrimoniales.

B)—Adoptada esta dualidad de fuente en la acción de reparación civil, se han dividido los bienes jurídicos de la persona en las dos grandes categorías de patrimoniales y extrapatrimoniales; los primeros, que sirven para procurar a sus dueños satisfacciones pecuniarias o apreciables en dinero, como los derechos reales, los de crédito, los que resultan del ejercicio de una profesión u oficio, etc.; y los segundos, inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida, la libertad, al honor, a la reputación, y los derechos de familia que se originan en las cualidades de hijo, padre, esposo, etc. De esta clase surge la del daño, que en sentido lato es la privación o menoscabo de un bien, según afecte o lesione a una u otra de las dos categorías.

C)—Daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su **patrimonio**, como construyendo fosos para secar una fuente o destruyendo o desmejorando bienes raíces o mobiliarios; o en su **persona física**, como un accidente de locomoción, el error de un médico o de un cirujano o farmacéutico, el contagio de una enfermedad, especialmente venérea.

D)—Perjuicio moral es el que sobreviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama **patrimonio moral** de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en **perjuicios morales propiamente dichos**, que son los que afectan la "parte social del patrimonio moral", como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en **perjuicios de afección** que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última, fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Josserand llama **pretium doloris** y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922, en sentencia de 21 de julio, en la que estableció que para la fijación del **quantum** debe tenerse en cuenta la posición social de los interesados, el grado de su cultura y la magnitud del pesar causado.

E)—En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio.

F)—El daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. Surge entonces el daño moral objetivado que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se

procura y se obtiene que ese perjuicio se objetive y por esa vía se llega a la reparación debida. Tal es el caso del perjuicio sufrido por una persona a causa de la difamación que afecta su crédito con menoscabo de sus negocios, o por quien a causa de un ataque a sus sentimientos y afectos, sufre una depresión psíquica y disminuye su capacidad de trabajo.

G)—Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto resulta ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Pero aunque imposible la reparación del daño intrínsecamente moral, ello no implica que no haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario. Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los principios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivado admite la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria, que se gradúa prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal. Esta norma tiene aplicación en tratándose de fijar el pretium doloris, pero no respecto de los perjuicios morales objetivados que por su repercusión sobre el patrimonio material pueden ser avaluados pericialmente.

H)—La demostración del daño moral subjetivo no puede ser directa sino indirecta, a base de simples presunciones de hombre de las cuales se infiera el dolor o molestia sufrido por la víctima.

I)—El perjuicio moral subjetivo, representado exclusivamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una evaluación en dinero, de tal suerte que en los procesos en donde se persiga su reparación civil no es posible usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales (art. 705, C. J.) es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, dentro del límite de la ley, como único medio de regulación al alcance de la justicia.

7.—De todo lo anteriormente expuesto concluye la Sala:

La revocación de un mandato judicial, hecha en forma intempestiva o sin motivo legítimo por parte del mandante, constituye un abuso del derecho que puede dar lugar a acción indemnizatoria de los perjuicios materiales y morales sufridos por el mandatario. En tal caso el mandante incurre en responsabilidad por culpa aquiliana en razón del abuso del derecho de revocación: el abuso puede consistir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, cuando se procede movido por la intención de dañar (animus nocendi), hasta la simple negligencia o imprudencia, no intencionadas, por la falta de precauciones para no causar daño al mandatario removido.

La Sala considera que el Tribunal por una errónea apreciación de las pruebas afirmó que el mandato judicial conferido por Sabogal a Castro había terminado por renuncia del mandatario y nó por revocación del mandante.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que el Tribunal dejó de apreciar las posiciones absueltas por Sabogal el día 31 de mayo de 1948 en el Juzgado del Circuito de Villavicencio, incurriendo en error manifiesto de hecho, pues de las respuestas del absolvente se desprende de manera evidente la revocación y los motivos aducidos para tal acto.

Preguntado en posiciones Sabogal (pregunta segunda): "Diga el absolvente cómo es cierto que sabe y le consta que, en virtud de los poderes que usted le confirió al Dr. Medardo Castro, éste se dedicó en debida forma y con la mayor diligencia a conseguir que el señor Eduardo Camargo Patiño le restituyera al absolvente los títulos de acciones que dicho señor le estaba reteniendo indebidamente? "Contestó: No es cierto que haya hecho mayor diligencia, y aclaro que por falta de diligencia del Dr. Castro, me ví en la necesidad de que me prestaran sus servicios profesionales los Dres. Alfonso Rojas Rivero y

Pedro Nel Rueda Uribe". Leída la aprobó". (C. 1º folios 9 y 9 v.).

Interrogado Sabogal (pregunta cuarta): "Diga cómo es cierto que el absolvente tiene pleno conocimiento de que el doctor Medardo Castro, ejercitando el poder que usted le confirió, procedió a celebrar con el señor Eduardo Camargo Patiño en Bogotá, distintas conferencias y conversaciones, tendientes a conseguir que dicho Sr. Camargo le restituyera al absolvente los títulos de acciones que él estaba reteniendo? Contestó: "Es cierto que el doctor Castro hizo algunas diligencias, sin resultado ninguno". (Cuad. 1º folio 9 v.).

Preguntado (cuestión quinta): "Diga cómo es cierto que el Dr. Castro mantuvo informado al absolvente de tales conferencias y conversaciones, unas veces por correspondencia escrita, en otras por medio de comunicaciones telefónicas, y en otras por informaciones que verbalmente le daba el Dr. Castro, aquí en Villavicencio en la propia casa de habitación del absolvente? Contestó "Es cierto que en alguna ocasión hablamos con el Dr. Castro sobre el particular y también me escribió, y una vez que me llamó por teléfono y me hizo subir a Bogotá y su actuación fue tan deficiente y peligrosa para mis intereses que tuve necesidad de prescindir de sus servicios. Oportunamente exhibiré las pruebas, por qué motivo tuve que prescindir de sus servicios." (Cuad. 1º, fl. 9 v.).

Preguntado (cuestión décima novena): "Diga cómo es cierto que entonces el Dr. Castro le manifestó al absolvente, en presencia de los hermanos del señor Camargo y del abogado Dr. Reyes Posada, que le respetaba al absolvente su determinación; pero que no compartiendo los infundados temores de futuras reclamaciones, que el absolvente expresaba como razón para no aceptar la fórmula de arreglo, Castro le exigía al absolvente que le indicara o eligiera otro abogado a quien Castro procedería a suatituirle los poderes que el absolvente le tenía conferidos? Contestó: "No es cierto y aclaro: quien insinuó la necesidad de otro abogado fui yo, motivo que como lo dije anteriormente, produjo una reacción de furia del Dr. Castro, lanzando conceptos de superioridad de él sobre los demás colegas. Cuando comprendió que mi determinación de prescindir de él, como mi apoderado, si hizo la manifestación que a quién era el abogado a quien le iba a sustituir los poderes." (Cuad. 1º fl. 13).

Y también tiene razón el recurrente cuando sostiene que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al dejar de apreciar la declaración-denuncia presentada por Sabogal contra Castro en el Juzgado Municipal de Villavicencio el 20 de octubre de 1950. Preguntado: "Cree el testigo que en los actos judiciales que como apoderado suyo defendiera el Dr. Medardo Castro, hubiera en el desempeño de su cargo procedido con infidelidad, comprometiendo los intereses de su poderdante, o en un acuerdo íntimo con los familiares de la contraparte, es decir, del entonces sindicado Eduardo Camargo Patiño. —Contestó— No dejo un instante de creer que si no hubiera tenido el valor de quitarle el poder al doctor Castro los perjuicios que hubiera recibido huiberan sido muy grandes". (Cuad. 5º, folio 11 v.).

De estas confesiones del demandado se deduce, sin lugar a duda, que Sabogal revocó el poder otorgado a Castro y designó nuevo apoderado, porque en su concepto aquél actuaba con ineptitud, negligencia, y deslealtad. Sabogal no tuvo en cuenta para nada la manifestación hecha por Castro de hallarse listo a sustituir el poder en el abogado que indicara, cuando surgió el desacuerdo para adoptar la fórmula de arreglo que asegurando los intereses de aquél facilitara la terminación de la acción penal contra Camargo Patiño.

El Tribunal acepta que los servicios profesionales prestados por Castro fueron eficaces a la causa que le confió Sabogal y condena a éste al pago de la suma de $ 4.200.00 y de los gastos razonables cumplidos en el ejercicio del mandato. Y por otra parte, el Tribunal hace referencia al proceso penal que se siguió contra Castro por colusión a virtud de las declaraciones hechas por Sabogal, proceso que terminó con sentencia definitiva a favor de Castro, en donde se demostró su plena inocencia, pues se ordenó cesar toda acción penal al respecto.

Esto quiere decir que los motivos aducidos por Sabogal para la revocación del mandato no fueron justificados y que en el ejercicio de su derecho procedió abusivamente con daño del mandatario. No hay elementos suficientes para deducir una intención dolosa de causar daño, como lo asevera el recurrente cuando dice: "fue un agravio innecesario, malicioso abusivo, que el demandado cometió contra mi honra profesional y contra mi dignidad personal, esto es, contra mi patrimonio moral en la sociedad".

El demandado, tanto al absolver las posiciones como al contestar la demanda, ofreció probar los hechos que en su sentir justificaban la revocato-

ria del poder, pero lejos de hacerlo, los antecedentes examinados demuestran lo contrario. Sabogal al constituir nuevo apoderado sin haber definido previamente la situación con Castro y al aducir para ello motivos que no resultaron demostrados y que atentaban contra el buen nombre y el prestigio profesional de su abogado, incurrió en una falta de prudencia.

La Sala encuentra demostrada esta parte de la acusación, porque aparece evidentemente una revocación abusiva del mandato por parte del demandado.

La sentencia deberá ser casada, si por otra parte, en lo tocante a la absolución del demandado por los perjuicios morales —única cuestión sometida a la Sala en Casación—, los cargos formulados por el recurrente tienen fundamento.

Ya se ha visto que el Tribunal justifica tal absolución —además de sus consideraciones sobre la inexistencia de culpa en el demandado— en la falta de prueba sobre existencia los perjuicios morales objetivos u objetivados.

El recurrente enjuicia el fallo por este aspecto con el cargo de error de hecho o de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales rendidos por los doctores Luis Eduardo Gacharná y José María Esguerra Samper.

El recurrente estima además que el Tribunal incurrió en infracción directa del artículo 2341 del C. C. al absolver al demandado del pago de los perjuicios morales objetivos, debido a una errónea interpretación de esta norma.

Se considera:

El perito doctor Gacharná avaluó en diez mil pesos "los daños causados por el sumario causado por los cargos que el demandado Dr. Sabogal le formuló al Dr. Medardo Castro y que tuvo en cuenta el Sr. Juez del Circuito de Villavicencio cuando trató de dictar sentencia en el presente juicio civil", y en otros diez mil pesos "los daños causados en la reputación profesional y personal por los cargos que le formuló el Dr. Jorge Sabogal al Dr. Medardo Castro, calificándolo de abogado peligroso, haciéndole las imputaciones a que me he referido en la parte motiva de este dictamen, destituyéndolo en forma inusitada e injusta y sometiéndolo a la situación aflictiva que he tratado de sintetizar en este dictamen". (Cuad. 5º folios 54v. y 55).

El perito Dr. Esguerra Samper se abstuvo de justipreciar los perjuicios morales subjetivos, y avaluó en diez mil pesos los perjuicios morales objetivos, adhiriendo en esta parte al dictamen del doctor Gacharná.

El Tribunal rechazó la estimación pericial sobre el valor de los perjuicios morales objetivados, por considerar que ella no se halla "debidamente fundamentada, toda vez que en el juicio no se probó que el Dr. Castro haya sufrido una merma de su patrimonio estimable en dinero, por los actos cumplidos por el Dr. Sabogal H.". "En ninguna parte —agrega el Tribunal— aparece que el demandante haya visto disminuída su clientela, ni que se le hayan retirado poderes, ni que haya tenido que clausurar su oficina de abogado establecida en Villavicencio, ni mucho menos que el intenso dolor haya apocado la capacidad del Doctor Castro en el ejercicio de su profesión....."

La acusación formulada por el recurrente carece de toda validez en casación, porque en la apreciación de los fundamentos de un dictamen pericial para aceptarse o rechazarse por el sentenciador de instancia, éste tiene facultades soberanas que escapan al control de la Corte en este recurso extraordinario.

La jurisprudencia reiterada de la Corte atribuye al juzgador de instancia plena libertad para apreciar si un dictamen pericial se halla o nó debidamente fundamentado. Refiriéndose esta corporación al alcance de los artículos 721 y 722 del C. J. ha dicho:

"Si es verdad que en los artículos 721 y 722 se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. 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 ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente.

"Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del Poder Judicial como la República ejerce perma-

nentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (artículo 142 del C. J.)". (Casación, mayo 9 de 1938, XLVI, 422).

No aparece que el sentenciador hubiera incurrido en flagrante error de hecho en la apreciación de los fundamentos del dictamen pericial, por lo cual la Sala no puede modificar tal estimación.

No proceden en consecuencia, el cargo por error de derecho, ni menos por error de hecho evidente, en lo tocante a la apreciación del avalúo de los perjuicios morales objetivos u objetivados.

No sobra advertir que el Tribunal echó de menos (con razón) la prueba de la existencia de los perjuicios morales objetivados u objetivos, basándose en consideraciones jurídicas que han sido sustentadas en la doctrina jurisprudencial de la Corte, anteriormente expuesta.

El recurrente yerra a este respecto cuando afirma que el perjuicio moral objetivo por atentado a la parte social del patrimonio moral, "se causa por el solo hecho del ataque o agravio a uno de los bienes que lo constituyen, sin considerar el efecto que produzca o deje de producir sobre el patrimonio económico de la víctima". En todo caso de responsabilidad extracontractual, no basta la comprobación del hecho ilícito para que la indemnización proceda: es necesario demostrar la existencia de un daño cierto y positivo. Si el hecho doloso o culposo no causó daño, o éste no se acredita, no cabe decretar la indemnización.

Nada decidió el Tribunal respecto de perjuicios morales subjetivos que están comprendidos dentro de la indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, según lo explicado anteriormente.

La Sala considera que estando fundada la acusación en cuanto a la configuración del abuso del derecho, y no habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la indemnización de perjuicios morales subjetivos, debe la Corte casar la sentencia para hacer la correspondiente condena.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, atrás resumida, corresponde al juzgador fijar el monto de esta indemnización, que se concede a título de **satisfacción o afirmación del derecho**, dentro del límite del artículo 95 del C. P.

La Sala en ejercicio del arbitrio concedido por la Ley para señalar el valor de la indemnización de los perjuicios morales subjetivos sufridos por el Dr. Medardo Castro en razón de la revocación abusiva del poder hecha por el Dr. Jorge Sabogal H., condenará al demandado al pago de la suma de $ 2.000.00.

En resumen, la Sala encuentra demostrado el cargo de infracción indirecta de los artículos 2341 y 2343 del C. C. y casará el fallo recurrido para dictar el correspondiente fallo de instancia, adicionando la condena en el sentido de ordenar el pago de $ 2.000.00 a cargo del demandado y a favor del actor por perjuicios morales subjetivos.

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el presente juicio el día 11 de junio de 1954 y en su lugar,

Resuelve:

1º—Condenar al doctor Jorge Sabogal H., mayor de edad y vecino de Villavicencio, a pagar al doctor Medardo Castro, también mayor de edad y de esta vecindad, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el valor de los servicios profesionales que le prestó judicial y extrajudicialmente, para la obtención del pago de diez y siete mil pesos que adeudaba al primero Eduardo Camargo Patiño, procedente del valor de unas acciones de la Empresa de Aerovías Nacionales S. A., y otras de Bavaria, los cuales se fijan en la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) moneda corriente.

2º—Condenar al citado doctor Jorge Sabogal H., a pagar a favor del doctor Medardo Castro, dentro del mismo término, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), moneda corriente, por perjuicios morales subjetivos, en razón de la revocación abusiva del mandato que el primero había confiado al segundo para las gestiones a que se refiere el numeral anterior;

3º—Condenar al citado doctor Jorge Sabogal H. a pagar a favor del doctor Medardo Castro el valor de los gastos que éste tuvo que hacer en el desempeño de su cargo;

Parágrafo.—Como de autos no se estableció su monto, se dispone se regulen mediante el procedimiento señalado por el artículo 553 del C. J.;

4º—Sin costas ni en las instancias ni en el recurso de casación.

5º—Queda en los anteriores términos **reforma-**

da la sentencia de fecha tres de julio de mil novecientos cincuenta y dos pronunciada por el Sr. Juez Civil del Circuito de Villavicencio en el juicio ordinario adelantado por el doctor Medardo Castro contra el doctor Jorge Sabogal H.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Ricardo Ospina Gómez, Conjuez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

OBJECIONES A UNA PARTICION

1. — La mera violación de los artículos 1.136 y 1.138 del C. J., de carácter procedimental, por sí solos, no puede fundar un cargo en casación.

2. — En casación, ha dicho la Corte, no pueden ser tomadas en consideración sino las objeciones debatidas durante el trámite de instancia. No pueden aceptarse medios nuevos como los que en el caso particular ofrece el recurrente.

3. — No se puede aceptar el que una partición haya sido objetada EN SU TOTALIDAD, para poder deducir o aceptar la formulación de cargos no comprendidos en las objeciones cuya formulación debe ser precisa, concreta y específica.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto por apoderado de Eder & Cía. S. A., contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, fechada el veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres y por medio de la cual se confirmó la pronunciada por el juzgado promiscuo del Circuito de Puerto Tejada aprobatoria de la partición en el divisorio de que da cuenta el negocio.

Antecedentes

En virtud de demanda promovida por el señor Antonio Ramos como apoderado de la señora Rosario Escandón, el Juez de Circuito de Santander con fundamento en el artículo 38 de la ley 30 de 1.888, vigente en el momento de instaurar la acción, dictó la providencia de trece de julio de 1.894, cuya parte resolutiva dice: "Por tales fundamentos, este juzgado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ORDENA que se haga la división de los predios rústicos denominados San Fernando y Tarragona y sus labores, y que a cada comunero se le adjudique la parte o derechos que le corresponda; y como hay comuneros ausentes, cuya residencia se ignora, y algunos que son vecinos del distrito de Santa Ana, a aquéllos se les notificará por medio de un edicto que se fijará en este juzgado y a éstos por otro que será fijado en el dicho distrito de Santa Ana, por los términos señalados en el artículo 40 de la ley 30 de 1,888. El comunero señor Tobías Espinal será notificado personalmente, por vecino de este lugar. Los que se crean con derecho a los predios que se van a dividir presentarán sus títulos dentro de los términos y con las formalidades establecidas en el artículo 42 de la ley 30 antes citada. Notifíquese". En cumplimiento de este proveído fueron notificados algunos de los demandados y se fijaron los edictos ordenados. Esta actuación procesal quedó suspendida hasta el año de 1941 en que el señor Roberto Alaix en su carácter de subrogatorio de derechos de algunos de los primitivos comuneros solicitó del juez del Circuito de Puerto Tejada, en donde el negocio se encontraba en virtud de nueva jurisdicción judicial, "que se avocara el conocimiento del negocio", se hiciera el reconocimiento de su personería y se previniera a las partes para el nombramiento de partidor agrimensor. En ese escrito manifestó que "los comuneros son Eder & Cía. S. A., Saúl Martínez S., Roberto Alaix, Luis E. Saldarriaga, José Florencio Saldarriaga, Pedro Saldarriaga y Eliodoro Saldarriaga".

El anterior pedimento fue negado por el juzgado del Circuito y el Tribunal Superior de Popayán, a donde llegó el negocio por apelación, confirmó lo resuelto por el inferior. En esta actuación intervino ya el representante de Eder & Cía. S. A. El 29 de marzo de 1944 (folio 92 Cuad. 2º) el juzgado negó las peticiones formuladas por el comunero Saúl Martínez S., en que se solicitaba en obedecimiento a lo dispuesto por el Tribunal que se ordenada fijar nuevamente el edicto emplazatorio ordenado por la providencia de 13 de julio de 1894 para que los interesados pudieran presentar luego los títulos que los acreditara como comuneros. El Tribunal Superior, en efecto había declarado que como el tal edicto no había

tenido la constancia de su destijación, la notificación respectiva no se había realizado debidamente y, por consiguiente, debía procederse a ella en regular forma.

El Tribunal, luego de hacer un estudio detenido sobre la cuestión procedimental referente a la aplicabilidad de la ley vigente en 1894 y el Código Judicial actual, revocó el auto proferido por el juez del circuito (folio 106 y ss.) y en su lugar dispuso: "En la forma ordenada por el auto de 13 de julio de 1894, verifíquense la notificación y citación de las partes o interesados en el juicio, pero sólo respecto de aquéllas que no hayan sido hechas o realizadas en forma no acorde con las disposiciones de la ley 30 de 1888. Llenadas tales formalidades y vencido el término previsto por el art. 42 de la citada ley, confiérase traslado en armonía con el primer inciso del artículo 1.135 del C. J., vigente y continúese el procedimiento de acuerdo con las normas legales pertinentes de la misma obra. El Juez de la causa al proferir el fallo de partición en los eventos de que tratan los artículos 1.113, 1.138, 1.139 del C. J., hará la calificación de los títulos que para entonces hayan sido legalmente allegados al informativo". En esta situación el apoderado de Eder & Cía. S. A., ejercitando, dice, el recurso de reposición solicitó que se revocara el auto admisorio de la demanda y en su lugar resolver que no se aceptara "la expresada demanda". Leyendo los fundamentos de esa petición se puede observar que el apoderado se limitó simplemente a exponer cuestiones de mera ritualidad en la configuración de la demanda, sin entrar al fondo mismo de la acción divisoria intentada. El juzgado falló en consonancia con lo pedido (folio 135). Y negada la reposición impetrada, el Tribunal Superior, ante quien se interpuso la alzada respectiva, en providencia del 4 de julio de 1945 (folio 175 v. y ss.) resolvió: "Revócase el auto proferido por el señor juez del circuito de Puerto Tejada el 13 de noviembre de 1944, en cuanto por medio de él repuso el admisorio de la demanda dictada el 13 de julio de 1894. Reconócese personería a la firma comercial 'Eder & Cía. S. A., para intervenir en el juicio . . .".

En memorial presentado en la secretaría del Juzgado de Puerto Tejada el 26 de mayo de 1947 el apoderado de Eder & Cía. S. A., descorrió el traslado que por el término de tres días le fue corrido el 8 de abril de ese año, traslado ordenado en auto de 7 octubre de 1946, traslado que contestó manifestando:

"1º—El primitivo fundo comunero de 'San Fernando, y 'Tarragona' no es ni corresponde al que se delimita en la demanda.

"2º—El globo comunero de 'San Fernando' y 'Tarragona' no ha sido deslindado hasta hoy con los predios colindantes del indiviso de 'Calderonas', por el lado oriental, ni con los terrenos de 'Guayabital', por el occidente, y por lo mismo es imposible proceder en la actualidad a la división de aquel globo sin que previamente se decidan las acciones de deslinde con esos predios limítrofes.

"3º—La comunidad de 'San Fernando' y 'Tarragona' está representada hoy por personas y entidades distintas de las que se mencionan en la demanda y en un número muchísimo mayor, en todo caso, de las que aparecen en ese libelo.

"4º—'Eder & Cía. S. A.' posee desde hace largos años, a título de dueño y con exclusión de toda otra persona, la hacienda que se conoce con el nombre de 'San Fernando', ubicada dentro del globo indiviso de 'San Fernando' y 'Tarragona'.

"5º—Niego el derecho de la demandante María del Rosario Escandón v. de Sánchez para proponer la acción divisoria de 'San Fernando' y 'Tarragona'.

"6º—Me opongo por consiguiente, a que se decrete la división solicitada.

"7º—Me opongo igualmente a que en la división de que se trata se reconozca el carácter de comuneros —en la hacienda de San Fernando ya mencionada— a las personas que han venido interviniendo últimamente en este juicio, a saber: Saúl Martínez S., Roberto Alaix, Luis Florencio, Pedro y Heliódoro Saldarriaga y María Espinel de Valencia". En ese mismo escrito solicita que el negocio se abra a pruebas. El Juzgado abrió a pruebas el juicio por el término de diez días (folio 230); pero en virtud de la reposición que se le solicitó, revocó su providencia de 26 de mayo y en su lugar declaró la no admisión de la oposición a la división que se persigue en este juicio. Para fundamentar este proveído el juzgado transcribe la parte pertinente del auto de fecha 4 de julio de 1945 del Tribunal Superior, visible a los folios 175 a 179 del mismo cuaderno 2º y que dice: "...Si, pues, la división fue ordenada bajo el imperio de la legislación vigente al tiempo de la presentación de la demanda, no habría hoy razón, como queda dicho, para decretarla una vez más con base en la observación de que la nueva ley pospone el decreto de división a la admisión de la demanda y a los traslados corres-

pondientes, no surtidos aún en este juicio. De aquí infiere el Tribunal que los traslados en mención no tendrían al caso otra finalidad que la de abrir campo a las partes o interesados para allegar sus títulos al informativo, más no la de oponerse a la división, pues esta se encuentra ya decretada por auto que es ley del proceso al no prosperar el recurso contra él interpuesto, pero es claro que la calificación de los títulos presentados antes o durante el término del traslado, sería entonces una consecuencia lógica del trámite, referido a la ley 30 de 1888. En estas condiciones sería la providencia sobre calificación de títulos el punto de partida para la continuación del procedimiento con base en los artículos 1.149 y s. s., del C. J. . . .".

Recurrida esta providencia el Tribunal la confirmó el 1º de septiembre de 1947 (folio 243 v.) y allí se anotó, además, que "al descorrer el traslado el abogado de Eder & Cía. S. A., lo hizo cuando el término legal que tenía para ello ya estaba vencido. . .".

En escrito fechado el 14 de agosto de 1945, el apoderado de Eder & Cía. S. A. "en obedecimiento al mandato del juzgado, de acuerdo con el artículo 42 de la citada ley 30 de 1888", presentó al juzgado los títulos escriturarios que acreditan a la mentada sociedad como comunera en el indiviso de San Fernando.

Por auto del 17 de agosto de 1948 (folio 246 Cuad. 2º), el juzgado dictó la providencia sobre calificación de títulos que fue apelada por el apoderado de Eder & Cía. S. A., y por el apoderado de la señora Espinal de Valencia. El Tribunal confirmó el auto del juzgado "con la aclaración de que deben dejarse a salvo los derechos que sobre el indiviso de San Fernando corresponden a Celia Espinal de Cadavid, quien no se ha hecho parte en este juicio". El superior en su providencia dijo: "El señor apoderado de Eder & Cía. S. A., se limita a atacar la forma procesal adoptada o señalada por el Tribunal en varias providencias para insuflar el nuevo procedimiento al antiguo, bajo cuyo imperio se inició este ya voluminoso pleito. Quiere decir que dicho litigante no impugna la calificación de los títulos que hizo el juez de primera instancia ni aduce inconformidad alguna ante la proporción de cuotas o acciones de dominio que el fallo asigna a cada uno de los comuneros que demostraron su calidad de tales". El personero de Eder & Cía. S. A., solicitó la reposición de esa providencia la que le fue negada después de hacer un estudio detenido sobre la cuestión procedimental que se le propuso y que había sido motivo de diverso análisis en el curso del juicio.

En auto del 29 de agosto de 1949 (folio 395 v.) se previno a las partes para que nombraran partidor, y se dijo, así mismo: "Como en la partición material que se lleve a cabo en el juicio divisorio, no deben perderse de vista las normas trazadas por el art. 2.338 del C. C., se ordena avaluar el terreno común de San Fernando por peritos. . .". En firme esta providencia y previa la aceptación del señor José María Rengifo como perito avaluador designado por el apoderado de Eder & Cía. S. A., se verificó la respectiva diligencia el 15 de septiembre de 1948 (folios 314 y s. s.), habiendo los peritos explicado en escrito separado su avalúo (folios 317 y s. s.) y el cual fué aprobado el 1º de diciembre de 1949 (folio 336 v.).

El doctor Efraín Tascón S., designado partidor rindió su trabajo el 14 de marzo de 1950 (folios 350 y s. s.).

El trabajo de partición fue objetado por el apoderado de Celia Espinal v. de Cadavid porque no se le había adjudicado a su cliente en forma individual y concreta lo que le correspondía como comunera; y por el apoderado de Eder & Cía. S. A., quien formula las siguientes objeciones a la partición: Falta de identificación del globo comunero de San Fernando de cuya división se trata; "el partidor llega a la conclusión de que el indiviso de San Fernando corresponde exactamente a la hacienda conocida con el mismo nombre de San Fernando, poseída por Eder & Cía. S. A.

2ª—"No solamente no existe en el proceso la determinación precisa del indiviso de San Fernando, sino que por el contrario el expediente demuestra y convence que no es posible determinar ni aproximadamente siquiera los linderos del predio común. Vale decir: que no se conoce, que no se puede deslindar, que no se puede partir". Este cargo lo fundamenta sobre la afirmación de los peritos Rengifo y Porra y en las constancias dejadas en la diligencia practicada por el juzgado el 15 de septiembre de 1949.

3ª—"No obstante que el partidor carece de todo elemento de juicio que le permita fijar los linderos del globo indiviso de San Fernando en forma siquiera aproximada, ha elaborado un plano de ese mismo indiviso, en el cual consta en su extensión precisa, matemática, en fanegadas, metros y milímetros. Pero es obvio que ese plano y esas medidas serán tan antojadizas y arbitrarias

como es la base en que se sustentan, o sea la identidad entre el indiviso de San Fernando y la hacienda del mismo nombre".

4ª—"Por la misma razón resultan arbitrarios y convencionales los cálculos del partidor sobre la extensión del inmueble, sobre el precio del mismo y sobre distribución del terreno entre los comuneros en proporción a los derechos que les ha reconocido el juzgado".

5ª—"El predio que el partidor ha considerado como objeto o materia de la partición no es ni corresponde al indiviso de San Fernando a que se contrae la demanda. El predio que el partidor ha tenido en cuenta es solamente una parte, y muy pequeña por cierto, del mencionado indiviso": 6ª—"La hacienda de San Fernando que ocupan y poseen Eder & Cía. S. A., y que el partidor ha confundido con el indiviso del mismo nombre, incluye tierras del indiviso de 'Calderonas': 7ª—"La imposibilidad de identificar el predio común de San Fernando resulta reforzada por el hecho que se demostrará a su hora, de que existen varios juicios de deslinde de dicho predio con las propiedades vecinas"; 8ª "Ante esta imposibilidad de determinar el inmueble común, el partidor sienta una tesis realmente peregrina. Según él —perdóneme el señor Juez que no cite las palabras textuales que emplea el partidor, por no tenerlas a la vista— (dice el objetante) de que la hacienda de San Fernando es el indiviso de San Fernando, y que por consiguiente no hay por qué perder tiempo en averiguar su identidad. Hay que considerar que esa hacienda es el indiviso de San Fernando, mientras no se demuestre que existe mayor extensión. Tal parece ser el pensamiento del partidor": 9ª—"No es verdad —como lo expresa el partidor— que todos los interesados en el juicio le hayan manifestado su conformidad en cuanto a la alinderación y determinación del globo comunero de San Fernando": 10ª "El partidor no sólo se limita a dar por demostrados hechos relacionados con la identificación del predio común,..... sino que pretende hacer incursiones en el campo reservado al juez de la causa. Y así llega al extremo de adjudicar a la señora Celia Espinal v. de Cadavid derechos proindivisos en el área de terreno que destina para Eder & Cía. S. A., sin que se sepa por qué razón esos derechos han de ser deducidos de los correspondientes a la citada compañía"; 11ª—"El partidor incorpora en el supuesto indiviso de San Fernando un lote de terreno que no está dentro de los linderos de la hacienda del mismo nombre, porque en su concepto la escritura que le ha presentado el interesado lo lleva a ese convencimiento. Y claro está, este lote que tiene dueño conocido se lo adjudica a Eder & Cía. S. A." 12ª—"El partidor no ha tenido en consideración, al hacer la partición, ninguna de las normas de imperioso cumplimiento, que consagra el art. 2.338 del C. C. Al primer golpe de vista se echa de menos en el trabajo de partición toda alusión al valor y utilidad de cada suerte de terreno adjudicado, como a sus labores y mejoras que eso sí consta en el juicio —pertenecen a Eder & Cía. S. A., y que sin embargo quedan incorporadas gratuitamente a los otros derechos"; 13ª—"No se precisó la razón social de 'Eder & Cía. S. A.' y no como aparece en el informe del partidor".

El juzgado en providencia del 26 de junio de 1950 (folios 11 v. y ss. Cuad. respec.) declaró fundada la objeción propuesta por el apoderado de Celia Espinal v. de Cadavid y ordenó que el partidor rehiciera la cuenta de partición en el sentido de determinar y adjudicar a la dicha comunera la parte que le corresponde en proporción a sus derechos; y estimó infundadas las objeciones formuladas por el apoderado de Eder & Cía. S. A. Este proveído fue apelado para ante el Tribunal, entidad que por auto de 18 de octubre de 1951 (folio 75 Cuad. grupo 1º) confirmó el auto apelado "adicionándolo en el sentido de ordenar al partidor que al rehacer su cuenta de partición tome en cuenta la verdadera razón social de Eder & Cía. S. A.". Solicitada la reposición de esa providencia fue negada (folios 86 v. y ss.).

El partidor en cumplimiento de lo resuelto por las anteriores providencias rehizo la cuenta (folios 374 y ss. cuad. 2º) y el juzgado la aprobó por sentencia del 19 de febrero de 1953. Subido el negocio por apelación ante el Tribunal fue confirmado el fallo del juzgador a quo por providencia del 24 de junio de 1953 (visible a los folios 406 v. y ss.). Esta sentencia es la que es objeto del recurso de casación que se pasa a estudiar.

La demanda

El recurrente fórmula contra la sentencia cinco cargos, así:

Primer cargo

"Acusa la sentencia por la causal sexta del art. 520 del C. J., o sea por estar viciado el proceso de nulidad, desde el auto del Tribunal de Popa-

yán, de 4 de julio de 1945, en cuyo último párrafo de la parte motiva, limitó los efectos del traslado a la sola presentación de títulos y la funda en el motivo de que quedó en virtud de ese auto en el vacío la citación a Eder & Cía., a hacer valer sus derechos, y todos sus derechos en el juicio de división promovido entre otros, contra ellos".

La Corte considera:

La presunta nulidad a que se refiere el recurrente fue ampliamente debatida en el juicio con la intervención directa de Eder & Cía. S. A.; los falladores de instancia con razonamientos jurídicos aceptables llegaron a la conclusión de que la nulidad no tenía vigencia en el juicio.

En concreto lo alegado en instancias puede sintetizarse así:

En virtud de la demanda promovida por el apoderado de Rosa Escandón v. de Sánchez el Juzgado del conocimiento profirió el auto de 13 de julio de 1894 cuando se hallaba en vigencia el art. 38 de la ley 30 de 1888 que a la letra dice: "Cuando alguno de los que poseen un terreno en común, solicite ante el juez de circuito la división y adjudicación del derecho que le corresponde, el juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud, mandará que dicha división se efectúe y que todos los comuneros se presenten por sí o por apoderado, dentro de sesenta días, y exhiban los títulos de propiedad que acrediten de un modo fehaciente el derecho que cada uno tenga en la propiedad común". En consonancia con este precepto el Juzgado ordenó la división profiriendo el auto que se ha transcrito atrás. La actuación procesal quedó suspendida hasta 1941 en que el señor Roberto Alaix como subrogatorio de los derechos de antiguos comuneros solicitó la continuación del juicio provocando los diversos pronunciamientos de que tratan los antecedentes expuestos. Habiendo llegado el Tribunal por aplicación del art. 1.228 del C. J., vigente a la conclusión de que habiendo sido ordenada la partición en conformidad con precepto procedimental vigente a la fecha de aquel mandato, no era el caso de darle aplicación a los arts. 1.135 y 1.136 del C. J., porque ya la partición había sido decretada. Es bueno dejar expresamente relevado que el señor Tobías Espinel señalado como comunero en aquella demanda fue notificado personalmente de la orden de partición que fue consentida por él, como que ningún recurso intentó que demostrara lo contrario. Así se infiere de la constancia de notificación visible al folio 8 del cuad., principal. Y el señor Tobías Espinal es el antecesor de la mayor parte de los derechos que en la comunidad de San Fernando tienen los señores Eder & Cía. S. A. Desde 1941 este comunero ha actuado en el juicio: pidió reposición del auto proferido en 1894; y como se observó anteriormente, ese recurso sólo fue fundamentado en irregularidades de forma que según el apoderado contenía el escrito de demanda; tal reposición no fue aceptada; Eder & Cía. S. A., han intervenido en el juicio; presentó la titulación que lo acredita como comunero; nombró perito avaluador del indiviso por partir y agitó diversidad de recursos ante los falladores de instancia. Es así como la Corte no encuentra fundamentada esta causal que parece sustentarse, aunque el recurrente no lo dice, sobre el numeral 3º del art. 448 del C. J. Ni se alcanza a ver en qué forma la actuación de instancia haya violado las normas procesales hasta el extremo de negar los fueros de la defensa; no porque los juzgadores de instancia hubieran negado los pedimentos del apoderado de Eder & Cía. S. A., en algunos de los puntos que agitó, de ello puede inferirse que no fue citado o emplazado legalmente en el juicio.

Hay afirmaciones en instancias por parte de Eder & Cía. S. A., de que el bien o gran parte de él objeto de la partición era o es de exclusiva propiedad; si ello hubiera sido demostrado mediante los procedimientos de rigor, hubiera tenido ocurrencia lo previsto por el art. 1.388 del C. C., en consonancia con el art. 2.335 de esta obra; pero esa situación, ella sí sustantiva, no fue agitada en el juicio.

El recurrente pretende, por otra parte, que todas las providencias proferidas en el juicio especial de división de bienes comunes pueden ser revisadas en casación y para sostener su tesis transcribe algunas jurisprudencias de la Corte que, teniéndolas a la vista en su integridad, sólo sirven para demostrar que el ámbito dentro del cual puede moverse la Corte en casos como el presente, sólo llega hasta el extremo de poder revisar las objeciones formuladas a la partición y las providencias que a ella se refieren, no siendo admisible en el recurso sino la consideración de aquéllas que fueron debatidas en instancia.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Lo funda en la causal primera "por violación de la ley sustantiva, por falta de aplicación y a la vez por aplicación indebida de la ley", y dice: "En efecto, el Tribunal no aplicó los arts. 1.136 y 1.138 del C. J., que consagran la defensa de demandados y de terceros en los jui-

rios divisorios, y esta falta de aplicación de ley tan claramente aplicable al caso, incidió necesariamente, por una parte contra el derecho de propietarios del fundo o de parte del fundo que se pretendía dividir para aplicar a presuntos comuneros la propiedad de las parcelas que se hubieren de formar por el partidor, violando así los derechos sustantivos sobre dominio o posesión garantizados en los arts. 669 y 762 del C. C.; y por otra, considerados los demandados Eder & Cía. S. A., en calidad de comuneros simplemente y con el solo ánimo de tales sobre los derechos mismos que confiere el art. 2.323 del C. C., a cada co-propietario, disposición que así resulta también violada. Y la falta de aplicación de los citados artículos 1.136 y 1.138 del C. J., llevó al Tribunal a sustituirlas por las de una ley abolida, por las de la ley 30 de 1888, consumando así una aplicación más que indebida, imposible, de esta ya inexistente ley procesal. Esta falta de aplicación a la ley actual y la indebida de la derogada llevó al Tribunal a completar su errado concepto del año de 1945 en el siguiente párrafo de su auto de 4 de julio de tal año: '... la calificación de los títulos presentados antes o durante el término del traslado, sería entonces una consecuencia lógica del trámite, referido a la ley 30 de 1888. En estas condiciones sería la providencia sobre calificación de títulos el punto de partida para la continuación del procedimiento con base en los artículos 1.149 y ss. del C. J.'. (fl. 178 v. Nº 1). Solución que parece hipotética, pero que es la que ha operado a pesar de estar en completa contradicción con lo ya resuelto por el mismo Tribunal en auto de 26 de junio de 1944 (fl. 106 Cuad. Nº 1º) para negar la defensa a los demandados, su derecho a la oposición. Aplicar en parte la ley del 88, consumando así el atropello a la de 1931 que es el código judicial vigente".

"Con este proceder del Tribunal en el fallo recurrido se ha ido concretamente contra los derechos sustantivos del propietario, y cuando menos contra los del comunero, violando de paso las disposiciones de orden público establecidas por la misma constitución nacional sobre garantías para el juzgamiento y las normas, también consagradas legalmente, sobre hermenéutica legal; y violando, por haber cerrado el paso al derecho allí consagrado, el art. 13 de la ley 51 de 1943".

Se considera:

Este cargo que implícitamente está contenido en el anterior, puede ser contestado en la forma ya expuesta. Se anota además que no es exacto que hubiera habido una aplicación indebida de la ley 30 de 1888 por estar abolida, porque es lo cierto que la disposición pertinente de esa ordenación estaba vigente en el momento mismo en que fue presentada la demanda de partición en 1894. La mera violación de los arts. 1.136 y 1.138 del C. J., de carácter procedimental, por sí solos, no podría fundar un cargo en casación. Ni el recurrente concreta en qué forma fueron violados los arts. sustantivos por él citados. La ley 51 de 1943 no tiene el art. 13 citado por el recurrente. Y vuelve a insistirse que los preceptos sustantivos consagrados en los artículos 1.388 y 2.335 del C. C., le brindaban a la parte que representa el recurrente amplia oportunidad para la defensa de sus derechos en la hipótesis planteada sobre exclusiva propiedad de parte del indiviso de San Fernando. Oficiosamente no podía el fallador de instancia involucrar una acción ordinaria de dominio que ni siquiera fue incoada.

Se rechaza el cargo.

. . . . . .

Tercer cargo. "En la causal primera del art. 520 del C. J.: Violación sustantiva consistente en no haber aplicado la ley sobre partición de un predio común infringiendo así los derechos que a un comunero le corresponde según los arts. 2.322 y 2.323 del C. C.".

En sus partes principales el cargo se sustenta en la forma siguiente: "La finca de San Fernando no quedó determinada dentro del expediente, los linderos dados en la demanda original y reproducidos en la posterior del señor Alnix no corresponden a lo partido: y hay repetida constancia de que lo partido y adjudicado no fue el predio común de San Fernando, sino la finca de San Fernando poseída por los señores Eder, la cual apenas se dice que forma parte de la comunidad que se pretendía partir".

"El juez de la causa y los peritos avaluadores pregonaron enfáticamente que lo que se va a partir, y se partió efectivamente, es la hacienda de San Fernando de los señores Eder & Cía. S. A., y no la comunidad de San Fernando y Tarragona, y ni aún siquiera la sola porción comunera que lleva el mismo nombre de San Fernando.

"Estos apartes sacados del expediente así lo demuestran:

"Luégo se procedió a la identificación del indiviso de San Fernando, dentro del cual queda la hacienda del mismo nombre, de la cual está en posesión la sociedad Eder & Cía. S. A., indiviso que tiene los siguientes linderos generales:.....

. . . . . .

'En seguida el suscrito Juez le concedió el uso de la palabra a los señores peritos para que rindan su dictamen, advirtiéndoles que el avalúo debe concretarse a los terrenos recorridos que comprenden la hacienda de San Fernando, ya que ha sido imposible determinar los linderos precisos del proindiviso del mismo nombre'.

Y este otro:

'Aunque nuestra labor tenía por objeto el avalúo del indiviso de San Fernando, el señor Juez dispuso limitar el avalúo a la hacienda del mismo nombre, a causa de la imposibilidad para determinar los linderos precisos de aquel indiviso". (Diligencia de inspección y avalúo, fls. 313 v. y 314 e informe de los peritos, fl. 317)

"Y el partidor tergiversando lo así constatado, o algo peor, apoyándose en su simple y falsa aseveración, contraria a tales constancias procesales, dice al respecto en el trabajo que le ha sido aprobado:

'...se pudo ubicar el lote de terreno por partir en el hecho de que los señores Eder & Cía. S. A., en defensa de los bienes de la comunidad (?) que ellos poseen actualmente establecieron el amojonamiento de todos los vértices del perímetro limítrofe de la hacienda de San Fernando, como puntos estables de deslinde de los terrenos del indiviso de San Fernando...' (?)".

Declara el recurrente que no estando determinados claramente los linderos del inmueble "resulta legalmente imposible la partición porque la cuota de derecho de cada comunero quedaría así mismo imprecisa; y con una partición así arbitraria se vulneran los derechos de cada uno en la cosa común violando disposiciones de los arts. 2.322 y 2.323 del C. C.".

Continúa el recurrente: "Y no se objete que partida solamente una porción del bien común quedaría en la misma comunidad el resto del bien común, porque, por una parte el objeto de la acción es el de acabar con la comunidad, que así subsistiría y por otra, porque en este caso concreto para verificar la liquidación de los derechos existen los factores variables proporcionalmente y a la vez otro factor fijo: **el de las 321 fanegadas** con 4.300 m. c., incrustadas en el derecho variable que se le reconoce en la partición a los señores Eder & Cía. S. A. Esas fanegadas deben afectar la totalidad del derecho de los Eder y no solamente la porción partida. Si se supiera cuánto terreno ha quedado por fuera de esta partición parcial, en la parte de él que cupiera a los señores Eder & Cía., debía quedar, si hay equidad, una parte proporcional de esas 321 fanegadas y pico. Así se patentiza más, si cabe, la irregularidad de una partición en que del bien común sólo se tomó la parte poseída y ocupada íntegramente por los señores Eder & Cía. S. A., que fue la amañosa mira del año de 1941 a que el proceso ha dado cabida dejándola involucrar en la desueta demanda del año de 1894.

"Al infringir el partidor por este medio las normas señaladas en las reglas 1ª y 2ª del art. 2.338 del C. C., violándolas directamente, ya que se considera que estas reglas constituyen o no un derecho sustantivo, sí se llega a la violación de las disposiciones sobre el derecho sustantivo que protege a quien posee toda una parte cultivada y que es la que se parte dejando para otra ocasión lo inculto o menos o más útil para que sea partida independientemente con posterioridad".

Se considera:

Los artículos señalados como violados contienen el art. 2.322 la definición de lo que se entiende por cuasi contrato de comunidad y el 2.323 indica que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social. El recurrente no indica, no precisa concretamente en qué forma fueron violados estos preceptos.

El Tribunal al referirse a las objeciones propuestas y en particular a la que versa sobre la falta de identificación del indiviso llamado San Fernando, dijo en su providencia del 16 de octubre de 1951 visible en el cuad. respectivo (grupo 1º): '...Pero no es menos cierto que la llamada hacienda de San Fernando sí está comprendida en su totalidad dentro de los linderos generales de aquel indiviso y cubre, si no todo, al menos la mayor parte del terreno del citado indiviso. En dicha diligencia de avalúo se leen los siguientes pasajes, que conviene transcribir para un mejor entendimiento del problema: "Luégo se procedió a la identificación del indiviso de San Fernando, **dentro del cual queda la hacienda del mismo nombre** (Subraya el Tribunal), de la cual está en posesión la sociedad Eder & Cía. S. A., indiviso que tiene los siguientes linderos generales: oriente, con los terrenos proindivisos de 'Las Calderonas'; occidente, con terrenos de la antigua hacienda de 'El Guayabital'; por el sur el Zanjón, llamado Zanjón Rico, y norte el río Desbaratado. Luégo todo el personal antes nombrado, y el señor Antonio Lozano, administrador de la hacienda de

San Fernando, procedieron a recorrer los linderos de la citada hacienda, en la siguiente forma: norte, el curso del río Desbaratado; oriente, terrenos de propiedad de Buenaventura Jaramillo, separados por los linderos de la hacienda, por una cerca de alambre de púas. En este punto no se constató el límite preciso entre los proindivisos de San Fernando y Las Calderonas. Terrenos de Angel María Borrero (herederos), y terrenos de Francisco Caldos; Sur: el zanjón, denominado Zanjón Rico, que, según lo expuesto por el señor administrador de la hacienda, se conoce también como zanjón 'derivación de las cañas': por este lado la hacienda limita también, en parte, con los terrenos de Francisco Caldos y los de los herederos de Angel María Borrero. Occidente: con la carretera que de Puerto Tejada conduce al Ortigal, en parte, al medio, con los terrenos de El Guayabital; propiedad de los herederos de Cesáreo Trujillo, terrenos de propiedad de Buenaventura Jaramillo, Benjamín Torres, Simeón Minota, Juan González, Aristides Camacho, Tomás Cortés y Guillermo Várona'.

"La simple lectura comparativa de las alinderaciones que se dejan transcritas, lleva a la conclusión de que por el sur, por el norte y por el occidente unos mismos son los linderos del indiviso y de la hacienda San Fernando. El problema surge en el lindero oriental, en donde no fue posible encontrar o establecer la línea divisoria entre los indivisos de San Fernando y Las Calderonas, habiéndose constatado, en cambio, que la Hacienda San Fernando sí está delimitada, por ese lado, con una cerca de alambre de púas, que la separa de los terrenos de Buenaventura Jaramillo. En tales condiciones no resulta posible saber, al menos dentro de este juicio, si la dicha cerca, que hoy constituye el lindero oriental de la hacienda de San Fernando está o no colocada sobre el sitio exacto que marca el lindero del indiviso del mismo nombre, con el denominado 'Las Calderonas'. Ello no obstante, aparece claro que la hacienda de San Fernando no sólo está ubicada en su totalidad dentro de los terrenos del indiviso del mismo nombre, hecho este ampliamente reconocido por el apoderado de Eder & Cía. S. A., sino que cubre gran parte de su extensión. Se tiene, pues, así una cosa perfectamente singular que es objeto de un cuasicontrato de comunidad y que puede, por tanto, dividirse entre los comuneros".

La Corte encuentra acertados los anteriores conceptos del Tribunal y ceñidos a la realidad procesal que le sirvieron para rechazar la objeción respectiva.

Respecto a la violación de los numerales 1º y 2º del art. 2338 del C. C., a que alude el recurrente, el Tribunal es bastante claro al estudiar este aspecto de las objeciones y es así como en la referida providencia apunta los siguientes conceptos que se deducen del hecho mismo del trabajo de partición: "La cuarta objeción, referente a que el partidor no tuvo en cuenta las normas de equidad establecidas en el art. 2338 del C. Civil, en lo referente a las mejoras plantadas en el indiviso por Eder & Cía. S. A., tampoco encuentra asidero en los autos, toda vez que, tanto el avalúo del inmueble que se está dividiendo, como su partición, se hicieron con prescindencia de tales mejoras. En el dictamen pericial sobre avalúo, los peritos justipreciaron una por una las distintas mejoras encontradas en el indiviso, y al terreno, con prescindencia de las mejoras, le fijaron un valor de $ 800.00 por fanegada. La partición también se refirió, por modo exclusivo, al terreno, con prescindencia de las mejoras. En tales condiciones mal podía el partidor entrar a dividir bienes extraños a la partición.

De otro lado, la regla 2ª del artículo 2338 del C. Civil indica que si hay habitaciones, labores u otras mejoras hechas en particular por algunos de los comuneros "Se procurará, en cuanto sea posible, adjudicar a éstos las porciones en que se hallen las habitaciones, labores o mejoras que les pertenezcan, sin subdividir la porción de cada uno". Así lo hizo en este caso el partidor, quien al rendir su cuenta dijo: 'Para la adjudicación de los lotes números 2 a y 2 b se estudió la conveniencia que resulta para los señores Eder & Cía. de quedar en posesión de las principales habitaciones y sus mejoras, ubicadas dentro de los terrenos adjudicados, asimismo, bañaderos de ganados, de las pesebreras y ramadas para guardar leña, de los campamentos especiales para guardar ganado, de la plantación de mayor extensión de cacao y con potreros de pasto artificial, así como de la carretera que va al río Desbaratado y del puente sobre el mismo'.

"Vése, pues, cómo el partidor cumplió en cuanto le fue posible la norma trazada en el inciso 2º del art. 2338 del C. Civil no obstante no haberse discutido en este juicio, dentro de la articulación que previene el artículo 1151 del C. Judicial, lo relacionado con el derecho que tengan los constructores de habitaciones o los ejecutores de mejoras, por cuyo motivo ese punto habrá de resol-

verse en su día, con vista a lo dispuesto en los artículos 739, 2326, 2327, 2529 y concordantes del C. Civil".

Las adjudicaciones se hicieron, pues, teniendo como base el avalúo del inmueble sin tomar en consideración el valor de las mejoras, valor que debe serle pagado en la forma legal a quien acredite haberlas realizado. Muy claramente expone el Tribunal en la referida providencia que los juicios de deslinde que pudieran existir sobre el indiviso de San Fernando no son obstáculo para que se realice la partición, pues los resultados de esos juicios en caso de perjudicar la línea divisoria tenida en cuenta al verificar la partición podrían solucionarse dándole aplicación a los arts. 1.402 y 1.406 del C. C., y que no han sido motivo de ataque del recurrente. En consecuencia se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—Se acusa la sentencia por violación de los arts. 2.322 y 2.323 del C. C., dentro de la causal 1ª del art. 520 del C. J., pero por otro aspecto el cargo se fundamenta diciendo que los adjudicatarios actuales "no son los primitivamente demandados" de acuerdo con la demanda de 1894.

A esto se observa: la providencia del juzgado del circuito en virtud de la cual se hizo el examen de la titulación presentada por los comuneros y se determinó la cuota que a cada uno debiera corresponderle, no fue atacada en el juicio por Eder & Cía. S. A., por el aspecto que señala este cargo, ni fue motivo de las objeciones presentadas por esa parte. En casación, lo ha dicho la Corte insistentemente, no pueden ser tomadas en consideración sino las objeciones debatidas durante el trámite de instancia. No pueden aceptarse medios nuevos como los que en este caso ofrece el recurrente.

Quinto cargo.—Violación, no se indica en qué forma del art. 2325 del C. C., en relación con los arts. 2323, 2335, 1414 y 1.393 del mismo Código.

El recurrente lo fundamenta así: "porque a pesar de haber sido rechazada la cuenta de gastos y de no aparecer probada la afirmación de que los hizo el señor Saúl Martínez Silva, a éste le adjudicó el partidor un lote especial el número 6 de 12 fanegadas con 980 metros cuadrados, no a título de comunero sino como acreedor de la comunidad. El trabajo de la partición fue objetado por el apoderado de Eder & Cía. S. A., en su totalidad y por tanto no fue aceptado semejante proceder".

Se considera: Esta alegación por sus propios términos pone de presente lo inaceptable del cargo; porque como esta materia no fue motivo de las objeciones, no puede aceptarse en casación, porque es un medio nuevo: de ahí que el distinguido profesional que ha llevado la vocería del recurrente en el recurso, ante los vacíos encontrados en el memorial de objeciones, procure hábilidosamente buscar recursos para llenar aquellas deficiencias. No se puede aceptar el que una partición haya sido objetada en su totalidad, para poder deducir o aceptar la formulación de cargos no comprendidos en las objeciones cuya formulación debe ser precisa, concreta y específica.

Empero como el apoderado recurrente transcribe una jurisprudencia de la Corte del año de 1933, se inserta una más reciente que analógicamente sería aplicable al cargo formulado: "No existe disposición expresa que ordene o impida que al asignatario que atendió al pago de todos los gastos sucesorales se le adjudiquen bienes suficientes del acervo común para cubrírselos. De allí que deba seguirse la regla consagrada por el artículo 8º de la ley 153 de 1887, para aplicar por analogía a este cargo lo estatuído por el artículo 1142 del Código Judicial sobre gastos comunes de la división de bienes, en cuanto prescribe que 'El comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes o del producto de la venta'.

"De otro lado, la posible igualdad de que habla la regla 7ª del artículo 1394 del Código Civil ha de guardarse en la distribución de los efectos hereditarios, 'adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible', y ese criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar la partición, no se rompe porque al heredero que ha sufragado los gastos del juicio de sucesión se le adjudiquen del acervo común bienes suficientes, según la tasación que los peritos hayan hecho en la diligencia de avalúo, para cubrírselos, desde luego que a ese heredero es al único a quien era posible entregársele bienes en tal concepto. (Casación Civil. Junio 22 de 1951 T. LXIX, Nº 2100 y 2101).

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 proferida por el Tribunal Superior de Popayán el veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio seguido por María del Rosario Escandón v. de Sánchez contra Vicente Saldarriaga y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse. — **Agustín Gómez Prada.** — **Luis Felipe Latorre.** — **Gustavo Fajardo Pinzón**, Conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

ACCION DE SIMULACION

Según doctrina expuesta por la Corte en varios fallos, cuando el acto ostensible consta por escrito, los herederos, al ejercitar la acción de simulación, se encuentran por lo que hace a la prueba en la misma situación que el causante, es decir, sólo pueden acreditar la contraestipulación por medio de escrito, confesión, o principio de prueba por escrito, completado con otros elementos probatorios. En otros términos: Respecto de un acto del causante que se dice simulado, el heredero es considerado como PARTE; sólo en un caso excepcional puede invocar la calidad de TERCERO: cuando defiende un derecho propio contra una simulación del causante que ha sido enderezada contra él, es decir, efectuada con el fin de defraudar o perjudicar los derechos que al heredero le corresponden legalmente. En esta situación se encuentran los legitimarios respecto de donaciones ocultas bajo la apariencia de ventas, realizadas con el fin de desconocer o menoscabar las legítimas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el tribunal superior de Medellín en el juicio de **José Alberto Mesa Morales** contra **Félix Antonio Mesa Morales**, sobre simulación de un contrato.

Antecedentes

Escritura número 1066 de 21 de diciembre de 1946, de la notaría de Andes.—Por medio de ella **José Alberto Mesa Flórez** vendió a su hijo legítimo Félix Antonio Mesa Morales un inmueble situado en el municipio de Andes, por la cantidad de seis mil pesos, que el vendedor declaró recibidos.

Juicio de José Alberto Mesa Flórez contra Félix Antonio Mesa Morales.—El demandante pidió que se declarara resuelto, con indemnización de perjuicios, por falta de pago del precio, el contrato de venta consignado en la ya citada escritura pública número 1066 de 21 de diciembre de 1946 de la notaría de Andes. El juzgado del circuito de Andes denegó las peticiones hechas en esta demanda y absolvió, en consecuencia, al demandado. Este fallo quedó ejecutoriado por no haberse interpuesto contra él ningún recurso.

Juicio de los herederos de José Alberto Mesa Flórez contra Félix Antonio Mesa Morales.—En demanda presentada al juzgado del circuito de Andes, Reinaldo Antonio, Rosa Efigenia, María Edelmira Mesa Morales y otros, obrando en nombre de la sucesión de José Alberto Mesa Flórez, pidieron que se declarara absolutamente simulado el contrato contenido en la ya mencionada escritura pública. El juzgado, en sentencia que fue confirmada por el tribunal superior de Medellín, se abstuvo de hacer las declaraciones pedidas en la demanda y absolvió, así, al demandado de todos los cargos que en ella le fueron formulados. Juzgado y tribunal consideraron que la simulación alegada en la demanda no se demostró en el juicio, pues la parte demandante sólo adujo en éste prueba testimonial, inadecuada para tal efecto: según el concepto de los falladores, los demandantes, en su carácter de herederos del vendedor, sólo podían demostrar la simulación por medio de documento, confesión de parte o principio de prueba por escrito, complementado este último con otros elementos probatorios. La sentencia de segunda instancia quedó ejecutoriada. Conviene advertir que con las declaraciones de testigos aducidas en el juicio, la parte demandante trató de comprobar el hecho de que la referida escritura pública se había otorgado con el fin de sustraer el bien que en ella aparece vendido a una posible persecución por parte de Eleázer Moncada, con quien el vendedor tenía algunas diferencias que más tarde quedaron arregladas.

Demanda de José Alberto Mesa Morales contra Félix Antonio Mesa Morales. — El demandante, obrando en su propio nombre, pide que se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:

"**Primera.**—Que el contrato contenido en la escritura pública número 1066 de 21 de diciembre de 1946, otorgado ante el notario público de Andes, por medio del cual José Alberto Mesa Flórez dijo vender a Félix A. Mesa Morales, una finca rural ubicada en el distrito de Andes y una acción y derecho de propiedad del primero en la sucesión de sus padres, es simulado y se concertó en fraude o daño de los legitimarios o herederos forzosos de José Alberto Mesa Flórez relacionados en el cuerpo de esta demanda. **Segunda.** Declarar sin existencia real y por ello de (sic) todo valor y eficacia jurídica, el contrato relacionado en la escritura pública Nº 1066, otorgado ante el notario público de Andes el 21 de diciembre de 1946, celebrado entre José Alberto Mesa Flórez y Félix A. Mesa Morales, según el cual el primero dice vender al segundo los bienes allí detallados.

"**Tercera.** Que el demandado Félix A. Mesa Morales está obligado a restituir, tres días después de la ejecutoria de la sentencia con que finalice este juicio, a la sucesión de José Alberto Mesa Flórez, representada por las personas señaladas en el cuerpo de esta demanda, los bienes señalados dentro del hecho 1º de la parte motiva de esta demanda, purificados de toda suerte de gravámenes.—**Cuarta.** Que el demandado Félix A. Mesa Morales debe pagar a la sucesión de José Alberto Mesa Flórez, los frutos civiles y naturales que los bienes cuya reivindicación se solicita hubieren podido producir a partir de la fecha en que entró en posesión material de ellos, como poseedor de mala fe.—**Quinta.** Que se ordene la cancelación de la escritura Nº 1066, otorgada ante el notario de Andes el 21 de diciembre de 1946, para lo cual se librará el oficio al Sr. Registrador de Instrumentos Públicos y privados de Andes, con la inserción de la fecha del registro del mismo, anotado dentro de esta demanda en el numeral 1º de la parte motiva. **Sexta.** Que el demandado Félix A. Mesa Morales ha perdido el derecho o cuota que como heredero o legatario le pueda corresponder en los bienes cuya restitución se decrete, dentro de la sucesión de su padre José Alberto Mesa Flórez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1288 del Código Civil, y el de repudiación.—**Séptima.** Que se ordene el registro de la sentencia con que finalice este juicio.—**Octava.** Que se condene en costas al demandado si se opusiere a que se hagan las declaraciones solicitadas.— **Novena.** Que se ordene la cancelación del registro de la demanda mediante oficio que se librará al Registrador de la ciudad".

Sentencia de primera instancia.—En ella se decidió declarar probada la excepción de cosa juzgada, denegar las declaraciones solicitadas en la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

Sentencia acusada. — El tribunal superior de Medellín, que conoció de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo de primer grado, resolvió revocarlo y en su lugar abstenerse de hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Motivos del tribunal.—Observa, en primer término:

"El señor José Alberto Mesa Morales, obrando en su propio nombre, como expresamente lo hace constar en el memorial poder que corre a folio 8 del cuaderno principal, establece otro juicio por simulación, relatando los mismos hechos cardinales que expusieron los herederos en el juicio anterior y aduciendo las mismas razones de derecho. La única diferencia, o mejor dicho, hecho nuevo en esta tercera demanda, consiste en afirmar que el acto simulado se concertó en fraude o daño de los legitimarios o herederos forzosos del finado José Alberto Mesa Flórez. En todo lo demás, se sigue el criterio con que se elaboró el libelo del juicio anterior, cuando se presentaron en nombre de la herencia varios herederos. Pretende el demandante de hoy aparecer como tercero lesionado en sus derechos, en su calidad de heredero, para que desaparezca el argumento de la restricción de la prueba y así se aproveche en su favor la testimonial aportada a aquel juicio y que es la misma que se trasladó a éste".

Después de exponer la doctrina generalmente aceptada respecto de la prueba de la simulación, concluye:

"En el caso **sub-examine**, el demandante de ahora pretende colocarse en su calidad de tercero ajeno a la negociación llevada a cabo entre el finado Alberto Mesa Flórez y el demandante Félix Antonio Mesa Morales, con la finalidad de que la prueba testimonial analizada y estimada como deficiente en los dos juicios anteriores se acoja en el presente para acreditar los cargos del libelo del tercer juicio. Empero, el señor José Alberto Mesa Morales no puede asumir ese papel. En primer lugar, porque de la prueba trasladada no se

desprende que el contrato de venta que se tilda de simulado fue fraguado en fraude de la herencia de José Alberto Mesa Flórez. En segundo lugar, hay que tener presente que el señor Mesa Flórez manifestó constantemente y en público, sobre todo ante sus hijos, que el contrato de venta había sido simulado únicamente para escapar de la persecución de su yerno Eleázar Moncada. Y tan cierto fue esto que él mismo, por conducto de apoderado, estableció un juicio de resolución del contrato por no haber sido pagado el precio estipulado, pero salió perdiendo el pleito porque la prueba que aportó estaba encaminada a demostrar la simulación integral o absoluta. Es decir, lo pactado entre el causante Mesa Flórez y su hijo Mesa Morales fue una simulación integral, de carácter provisional, mientras subsista la diferencia con el arrendatario Moncada. Pero una vez arreglado este asunto, por la compra de las mejoras, entonces el finado Mesa Flórez exigió de su hijo Mesa Morales que le devolviera la escritura respectiva. En estas condiciones, el demandante en el tercer juicio no puede alegar su calidad de tercero, porque es una simulación integral o absoluta y no se trata de una simulación relativa o de disimulo, en donde hubiera otro contrato oculto, verbi gratia, una donación en favor de su hijo Félix Antonio Mesa Morales, con lo cual se hacía desaparecer en favor exclusivo de uno de los hijos todo el haber herencial, caso éste en que sí se podía presentar el fenómeno correspondiente para poderse considerar al demandante de ahora como tercera persona perjudicada".

En relación con lo expuesto por el sentenciador en los pasajes del fallo que se dejan transcritos, debe advertirse que entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentran los siguientes: "3º El contrato relacionado en el hecho 1º de la parte expositiva de esta demanda no es real o cierto, se realizó de manera aparente o simulada. Este acto de simulación se realizó entre José Alberto Mesa Flórez y Félix A. Mesa Morales en fraude de los legitimarios o herederos forzosos, entre los cuales se encuentra mi mandante. 4º El pacto oculto, el que dice relación a la verdadera intención de las partes al celebrar el contrato señalado en la escritura 1066, de 21 de diciembre de 1946, extendido ante el notario de Andes, se concretó verbalmente. La calidad de las partes que intervinieron en él, el haber quedado el presunto vendedor con la posesión material del inmueble, indican la intención de los contratantes, entre los cuales en el comprador no hubo intención de comprar y en el vendedor no hubo intención de vender".

La casación

El recurrente, invocando la causal primera, acusa el fallo por dos extremos, que se analizarán en su orden:

Primero: violación directa de los artículos 1239, 1240 del código civil, 23 de la ley 45 de 1936, 1243, 1244, 1245, 1249 y 1482 del mismo código.

El recurrente, después de exponer lo que ha de entenderse por **fraude** según la doctrina de algunos expositores, concreta el cargo en los términos siguientes: "En la sucesión de José Alberto Mesa Flórez, el heredero José Alberto Mesa Morales es un legitimario, con derecho a una legítima rigurosa que ha de computarse de acuerdo con los preceptos legales. Ésas son las reglas contenidas en los artículos 1239, 1240, 23 de la ley 45 de 1936, 1243, 1244, 1245 y 1249 del C. C. La decisión del Tribunal impide a José Alberto Mesa Morales ser legitimario en la sucesión intestada de José Alberto Mesa Flórez y ejercer los derechos que la ley le reconoce al gozar de tal calidad. El desconocimiento de esos derechos por el fallo acusado hace que se hayan violado de manera directa las normas indicadas atrás. Aun considerando que el acto contenido en la escritura 1066 citada, tuviera el valor jurídico de una donación, la sentencia del Tribunal habría violado el artículo 1482 del C. C., desde el momento en que el fundo constituía el único bien del causante, quien, de acuerdo con el artículo 1245 del C. C., no podría hacer donaciones entre vivos con menoscabo de las legítimas rigurosas. Pero como este fallo conduce a una situación distinta y contraria a esta norma, se ha violado de manera directa".

Sobre lo cual se considera:

a) Que según doctrina expuesta por esta corporación en varios fallos, cuando el acto ostensible consta por escrito, los herederos, al ejercitar la acción de simulación, se encuentran, por lo que hace a la prueba en la misma situación que el causante, es decir, sólo pueden acreditar la contraestipulación por medio de escrito, confesión, o principio de prueba por escrito completado con otros elementos probatorios. En otros términos: respecto de un acto del causante que se dice simulado, el heredero es considerado como **parte**; sólo en un caso excepcional puede invocar la ca-

lidad de tercero: cuando defiende un derecho propio contra una simulación del causante que ha sido enderezada contra él, es decir, efectuada con el fin de defraudar o perjudicar los derechos que al heredero le corresponden legalmente. En esta situación se encuentran los legitimarios respecto de donaciones ocultas bajo la apariencia de ventas, realizadas con el fin de desconocer o menoscabar las legítimas. No desconoce el sentenciador esta doctrina, ya que expresamente advierte que en el caso a que se refiere el juicio "no se trata de una simulación relativa o de disimulo, en donde hubiera otro contrato oculto, verbi gratia, una donación en favor de Félix Antonio Mesa Morales, con la cual se hacía desaparecer en favor exclusivo de uno de los hijos todo el haber herencial, caso éste en que sí se podía presentar el fenómeno correspondiente para poderse considerar al demandante de ahora como tercera persona perjudicada".

b) Que en la demanda inicial del juicio, según se ha visto, asevera el demandante que el contrato que aparece consignado en la escritura pública número 1066 de 1946 se concertó en fraude de los legitimarios y que el sentenciador, en paso ya transcrito del fallo acusado, expresa a este respecto que el demandante no puede asumir el carácter de tercero respecto de tal contrato: "En primer lugar, porque de la prueba trasladada no se desprende que el contrato de venta que se tilda de simulado fue fraguado en fraude de la herencia de José Alberto Mesa Flórez", concepto fundamental del fallo, no atacado en el recurso y que, por tanto, subsiste en casación. A este propósito se observa que el propio recurrente reconoce que el contrato a que se refiere la demanda no se celebró en fraude de los derechos de los legitimarios. Dice, en efecto, la demanda de casación: "Esa ficción tenía por objeto defraudar a Eleázar Moncada en el evento de que pretendiera perseguir judicialmente los bienes de Mesa Flórez. Era lo que trataba de evitar éste"; y en otra parte: "Este fraude no está contenido en la compraventa simulada sino en la negativa de Félix Antonio Mesa Morales de cumplir las obligaciones de cuyos correlativos derechos son titulares las personas que no participaron en el acto impugnado. El acto fraudulento de Félix Antonio Mesa Morales consiste en impedir que el bien detentado por él ingrese a la sucesión de José Alberto Mesa Flórez anulando las legítimas correspondientes a los demás herederos y especialmente a José Alberto Mesa Morales". En resumen: el demandante, para poder invocar la calidad de tercero, expresa que el contrato atacado se concertó en fraude de los legitimarios: el fallador expresa que no hay prueba de ese concierto fraudulento y que, por tanto, no puede el demandante aducir frente a tal acto el carácter de tercero. Esta sola consideración, no combatida en el recurso, constituye suficiente fundamento del fallo recurrido.

c) Que el recurrente cita como disposiciones legales directamente violadas por el fallo las de los siguientes artículos del código civil: 1239, que define la legítima; 1240, que determina quiénes son legitimarios; 1242, reemplazado por el 23 de la ley 45 de 1936, que establece lo que comprende la legítima; 1243, según el cual deben colacionarse todas las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o de mejoras; 1244 y 1245, sobre donaciones entre vivos a extraños por quien a la sazón tenía legitimarios; y 1482, conforme al cual son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1245. Acerca de lo cual se anota que no hay infracción directa de tales disposiciones, ya que el fallador nada dispone en contra de lo que ellas establecen, ni desconoce la doctrina en ellas consagrada: no le niega al demandante la calidad de legitimario, no desconoce la cuota de la herencia que corresponde a las legítimas, no decide que los legitimarios carezcan de acción para defender sus legítimas frente a donaciones hechas a legitimarios o a extraños. Simplemente expresa que en el juicio aparece propuesta una acción de simulación absoluta del contrato y no una acción de simulación relativa fundada en el hecho de encubrir tal contrato una donación realizada por el causante en fraude o menoscabo de los derechos de los legitimarios.

d) Que en la demanda con que se inicia el juicio, como lo asienta el sentenciador y como resulta de los hechos expuestos en ella, no se alegó que el contrato de venta contenido en la citada escritura 2066 de 1946 encubriera una donación a un legitimario o a un extraño, con perjuicio de los herederos reservatarios, ni se propuso acción fundada en las disposiciones de los artículos 1242 y siguientes del código civil. En consecuencia, mal pudieron quedar violadas en el fallo las disposiciones legales citadas por el recurrente.

e) Que, por lo expuesto, no se acoge el cargo.

Segundo: violación, por falta de aplicación, de los artículos 1502 y 1524 del código civil. Dice, sobre este punto, el recurrente que "el fingido

contrato contenido en la escritura 1066 de 21 de diciembre de 1946, de la notaría de Andes, se originó en una causa ilícita. Los discutibles derechos derivados por el comprador de ese contrato tienen una causa ilícita. Son derechos viciados. El Tribunal acepta, como hecho fundamental del proceso, que el acto a que se refiere la escritura 1066 citada, fue simulado con el objeto de sustraer los bienes de José Alberto Mesa Flórez de la eventual persecución que pudiera hacer Eleázar Moncada. Los derechos de propietario de Félix Antonio Mesa, que le son discutidos, nacen de ese contrato fingido y no obstante esto, el fallo del Tribunal los ampara. Pero ese amparo se debe a que la sentencia no aplicó los artículos 1502 en relación con el 1524 del código civil".

Sobre lo cual se considera:

a) Que en la demanda se pidió la declaración de simulación del contrato contenido en la escritura 1066, pero que en ella no se pidió la declaración de nulidad absoluta de dicho contrato por razón de ilicitud de la causa: esto significa que el sentenciador no tenía por qué aplicar las disposiciones de los artículos sobre causa citados por el recurrente (artículos 471, último inciso, y 593 del código judicial). Sobre este punto se observa que las diferencias entre la nulidad y la simulación han sido precisadas por esta corporación en varios fallos, entre los cuales pueden citarse los más recientes de fechas 1º de abril y 8 de junio de 1954.

b) Que por lo dicho, en el cargo que se examina plantea el recurrente una cuestión no propuesta en la demanda ni controvertida en las instancias, esto es, lo que la jurisprudencia ha llamado medio nuevo, inadmisible en casación.

c) Que, por otra parte, el tribunal claramente advierte que la simulación alegada en la demanda no quedó demostrada en el juicio anterior y que, en el presente, no podía el demandante, para efectos de la prueba, aducir la calidad de tercero.

d) Que por lo expuesto, es infundado el cargo.

En atención a las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada. — Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION RESCISORIA DE UN CONTRATO DE VENTA POR INEXISTENCIA DE LA COSA VENDIDA EN EL MOMENTO DE PERFECCIONARSE EL CONTRATO. — ERROR DE HECHO EN CASACION

Es doctrina constante de la Corte, que el error de hecho para que sea operante en casación, debe aparecer, de modo manifiesto en los autos: es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandoquiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza. Y que se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación, diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial y fechada el veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, el apoderado del señor Enrique Torres, demandado en el juicio, interpuso el recurso de casación. Llenados los trámites de rigor se procede a decidir el recurso.

ANTECEDENTES

El señor Rafael Rivero Morales, apersonado legalmente, demandó por la vía ordinaria a don Enrique Torres para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que el contrato que se hizo constar en el documento privado que tiene fecha 1° de agosto de 1950 celebrado entre Riveros y Torres, no produce efecto alguno por cuanto que, al tiempo de perfeccionarse el contrato no existía la cosa vendida;

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a Enrique Torres a reintegrar o pagar al demandante la cantidad de once mil pesos ($ 11.000.00) que recibió como precio de la cosa vendida;

"c) Que se condene a Enrique Torres a resarcir los perjuicios ocasionados al demandante por haberle vendido a sabiendas una cosa inexistente, y que, caso de oposición, se condene al pago de las costas del juicio...".

Como hechos básicos de la acción anotó los siguientes:

a) En el documento privado a que se hizo referencia se hizo constar un contrato celebrado entre Riveros Morales y Enrique Torres en virtud del cual éste le vendió a aquél todos sus derechos y acciones en el *Laboratorio Químico Torres y Rojas, Ltda.*, por el precio de once mil pesos ($ 11.000.00) m./cte. que el comprador pagó en su integridad en la forma estipulada en el contrato.

b) En la cláusula cuarta del documento se hizo constar lo siguiente: "Automáticamente queda sustituido por medio del presente instrumento el nombre de Enrique Torres por el de Rafael Riveros Morales en la constitución de la Sociedad *Laboratorio Químico*, constituida por escritura pública número 1.771 de 1° de junio de 1950, protocolizada en la Notaría Tercera de Bogotá y que no fue registrada en atención a que las partes convinieron en verificar modificaciones que no se causaron".

c) El señor Riveros Morales al comprar el Laboratorio Químico entendió y fue su voluntad adquirir los derechos y acciones que pertenecían al vendedor Enrique Torres en la Compañía constituída por la citada escritura, o sea la transferencia del haber social que según ese instrumento era el siguiente: "El capital social será de doce mil pesos ($ 12.000.00) que el socio Torres tiene aportados integralmente a la Sociedad y el socio Rojas aporta su industria, y como tal se obliga a dedicar a la Sociedad todo su tiempo útil de trabajo, todos sus conocimientos, conexiones y todas sus actividades y contrae además el compromiso de no ocuparse particularmente en negocios distintos de la Sociedad, salvo autorización escrita dada por el otro socio".

d) "Se compromete igualmente Rojas al cumpli-

miento de todas las diligencias y requisitos exigidos por las autoridades para efectos del normal funcionamiento del Laboratorio .....
Para efectos fiscales se estima el aporte de Rojas en la suma de cuatro mil doscientos cincuenta pesos ($ 4.250.00) y aporta igualmente la licencia de Especialidades Farmacéuticas, distinguida con el número 4.303, para la elaboración del producto farmacéutico conocido con el nombre de 'Anticongestina', y las fórmulas de elaboración de tal producto y queda obligado a lograr la consecución de las marcas y licencias para los diversos productos, todas las cuales, licencias, marcas, patentes, fórmulas, etc., se considerarán como de propiedad social...".

e) El vendedor Torres hizo entrega a Riveros Morales "De algunos elementos materiales indispensables para el funcionamiento del Laboratorio Químico de inferiorísimo valor al precio estipulado".

f) Torres no entregó ni podía entregar al demandante la licencia de especialidades farmacéuticas para la elaboración de la 'Anticongestina', objeto principal de la Sociedad constituida entre él y Eduardo Rojas Iregui, pues con fecha 7 de junio de 1950 el Ministerio de Comercio e Industrias aceptó el desistimiento del registro de la palabra "Anticongestina" para distinguir productos enumerados en la clase segunda del decreto número 1.707 de 1931 y solicitada por el señor Eduardo Rojas Iregui.

g) Que cuando se llevó a cabo el contrato a que se refiere el documento privado ya se había surtido el desistimiento de la acción para obtener la patente relacionada, lo cual se hizo con conocimiento de Torres y que el demandado está en mora no solamente por haber vendido un objeto inexistente, sino por no haber facilitado al comprador el goce de los derechos y acciones que le compró, ya que el contenido de la escritura número 1.771 era parte integrante del contrato celebrado entre Torres y Riveros Morales.

La acción la fundamentó especialmente el demandante en los artículos 1870 y 1884.

A la demanda fueron acompañados el documento privado contentivo del contrato celebrado entre Torres y Riveros Morales; copia auténtica de la escritura número 1.771; cinco letras de cambio giradas a cargo de Riveros Morales y a favor de Torres por un total de ocho mil pesos ($ 8.000.00), que fueron canceladas por el girado; y copia auténtica de la providencia del Ministerio de Fomento por la cual se aceptó el desistimiento de la solicitud del registro de la marca del producto farmacéutico denominado "Anticongestina".

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo y los hechos los contestó negando que Torres se hubiera obligado a entregar la licencia de la "Anticongestina", pues esa obligación corría a cargo de Rojas.

El Juzgado de instancia declaró rescindido el contrato a que alude el documento privado; condenó a Enrique Torres, consecuencialmente a pagar a Rafael Riveros Morales la cantidad de once mil pesos ($ 11.000.00) que recibió como precio de la cosa vendida, más los intereses legales de dicha suma desde el día 1º de agosto de 1950 hasta cuando el pago se verifique; y condenó igualmente a Torres a pagar a Riveros Morales los perjuicios causados, cuyo monto se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.; hizo de su cargo las costas del juicio.

El Tribunal Superior aceptó los fundamento esenciales de aquel proveído y se limitó a reformar la parte resolutiva del fallo en el sentido de declarar que Torres sólo está obligado al pago de los intereses desde la fecha de la demanda; y lo adicionó declarando que Riveros Morales está en la obligación de restituir al demandado Enrique Torres, todos los elementos materiales indispensables para el funcionamiento del Laboratorio Químico que le fueron entregados por motivo del contrato que se declara sin valor alguno.

LA CASACION

Dos ataques formula el recurrente contra la sentencia. Se examina el segundo para proceder lógicamente en el estudio de la demanda.

El cargo se expresa así: "...acuso igualmente la sentencia por el segundo de los motivos o causales estatuidos en el precitado artículo 532 del C. J. o sea por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". El recurrente lo fundamenta manifestando que como en ninguno de los pedimentos de la demanda se solicitó el pago de intereses y el Tribunal condenó al demandado a satisfacerlos, falló ultra petita. El cargo no prospera si se tiene en cuenta que en la demanda se pidió que Torres fuera condenado al pago de perjuicios y en éstos queda comprendido el pago de los intereses indemnizatorios. (Artículo 1617 C. C.). El recurrente equivocó la cita de precepto invocado.

Primer cargo.

Se estructura sobre la causal 1ª del artículo 520 del C. J. "a consecuencia de haber incurrido el Tribunal en apreciación errónea de las pruebas, dando por existente un hecho básico que no ha ocurri-

do, error manifiesto que lo condujo a violar los artículos 1870 y 1884 del C. C." Adelante se aclaran estas proposiciones cuando se dice que "la mala apreciación de las pruebas sobre la base de la existencia de un hecho inexistente, condujo al Tribunal a un manifiesto error de hecho que lo llevó a infringir y aplicar indebidamente "los citados preceptos".

El recurrente sustenta el cargo diciendo que aunque el Tribunal reconoce que el objeto de la Sociedad constituída entre Torres y Rojas fué la elaboración de productos químicos, "reconoce igualmente que el objeto principal de la misma sociedad consistía principalmente en la explotación del producto denominado 'Anticongestina', agregando que ESPECIALMENTE se había hecho tal estipulación en la respectiva escritura; que esa apreciación constituye un error manifiesto, desde luego que se falla sobre un hecho que no existe, si se tiene en cuenta, como muy claramente aparece de las pruebas aducidas, que la 'Anticongestina' y su licencia, *forman tan sólo* una parte del aporte del socio Rojas Iregui".

Hace el señor apoderado de Torres un análisis del contrato recogido en el documento privado para concluir que lo que Torres transfirió a Riveros fueron los derechos que tenía en la sociedad denominada "Laboratorio Químico" constituída por la escritura número 1.771. "Pero en manera alguna se habla allí de que la mentada sociedad tuviera por objeto principal la explotación de la 'Anticongestina'".

La Corte considera:

La parte pertinente del fallo sobre el cual se pretende hacer consistir el error de hecho, dice:

"De las constataciones que establecen los documentos anotados se llega a la conclusión plena de que entre Enrique Torres y Eduardo Rojas Iregui se constituyó una sociedad cuyo principal objetivo era la fabricación y explotación del producto farmacéutico denominado 'Anticongestina'; que ese producto se elaboró y se distribuyó en el comercio para su consumo, pero sin resultado ninguno práctico debido a su mala preparación; que aunque en cumplimiento del pacto de sociedad, el socio Rojas solicitó el registro de la marca para distinguir el producto, dentro del trámite de la solicitud desistió de ella y se ordenó archivar el expediente; que lo que fue materia del contrato de compraventa que se hizo constar en documento privado entre Enrique Torres y Rafael Riveros Morales, fueron los derechos que Torres tenía en la sociedad que aun cuando constituída por escritura pública no lo estaba legalmente por no haberse registrado dicha escritura, pero sí podía apreciarse tal documento como instrumento privado que sirve de base a establecer la existencia de una sociedad de hecho. En estas condiciones es fácil concluir como lo hace el señor Juez de la causa, de que en realidad el contrato de compraventa realizado entre demandante y demandado no produce efecto alguno, por no existir en el acto de celebrarse, lo que fue materia de la venta, ya que se vendieron los derechos de una sociedad que no tenía existencia legal; la explotación de un producto que en realidad no se explotaba, puesto que estaba rechazado en el comercio por deficiencia de su preparación, y porque carecía de patente, ya que en la fecha del contrato el socio obligado a legalizarla había desistido de la acción correspondiente". Estima el fallador que en el juicio se halla de presente un vicio del consentimiento por error sobre la identidad de la cosa específica de que se trata en el contrato.

Es doctrina constante de la Corte que "el error de hecho para que sea operante en casación, debe aparecer, tal como lo requiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandoquiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza". Y que "se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación, diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él".

En el caso a que alude esta providencia, el Tribunal tuvo de presente el contexto de la escritura número 1.771 de 1º de junio de 1950 que consideró incorporada al contrato celebrado por documento privado entre Riveros Morales y Torres en el cual se hizo expresa referencia al mentado instrumento público; y al tomar en consideración estas pruebas, lo mismo que la copia de la resolución de aceptación del desistimiento hecho por el socio industrial Rojas Iregui de que se ha tratado y las demostraciones de la misma calidad del producto "Anticongestina" no aceptado por el comercio, llegó a la conclusión de que habiéndose hecho constar en

forma expresa que el referido producto era uno de los objetos señalados para el desarrollo de los fines de la sociedad, la falta de licencia para su explotación legal llevaba a la declaratoria de la rescisión del contrato con las consecuencias apuntadas en el fallo. La apreciación hecha por el Tribunal no estructura el error de hecho evidente a que alude el recurrente, como que el concepto del fallador se fundamenta en las mismas cláusulas de los contratos que han sido la base de la acción.

Por lo anteriormente dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada — Luis Felipe Laterre — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—LA CULPA DEL DEUDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO. — LOS PERJUICIOS PREVISTOS E IMPREVISTOS. —TECNICA DE CASACION

1.—El hecho de que el Tribunal no hubiera aceptado en su integridad las súplicas de la demanda y lo resuelto no fuera aceptado tampoco por la parte demandada, no implica la presencia de los elementos que integran la causal segunda de casación.

2.—La culpa se presume a cargo del deudor por el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo. Ello implica que esa presunción, de tipo legal, exonera al acreedor de la carga de su prueba, siendo el deudor quien debe demostrar el caso fortuito, la fuerza mayor o en general, la presencia de una causa extraña a su voluntad que lo inhiba de la presunción en su contra.

3.—Del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la culpa; porque pueden presentarse situaciones en que no obstante la culpa del deudor no se hubieren ocasionado los perjuicios o que éstos queden fuera de la órbita de las nociones que integran los elementos de la culpa. Perjuicios y relación de causalidad entre éstos y la culpa son demostraciones cuya carga le compete al acreedor.

4.—La culpa se considera por los tratadistas como violación de una norma de conducta por no haber previsto las consecuencias de nuestros actos cuando éstas han debido y podido ser previstas. Vale decir que la noción de la previsibilidad integra por modo esencial la figura de la culpa. El deudor no puede ser sujeto imputable para el efecto de indemnizar sino de aquellas consecuencias o perjuicios que hubiera debido y podido prever. Por el aspecto contractual los perjuicios se deducen de la naturaleza misma del contrato y de las implicaciones necesarias que de él emanan. Y no de otras.

5.—La Corte ha declarado que los conceptos de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea a que alude el inciso primero del artículo 520 del C. J. entrañan motivaciones específicamente distintas que en casación deben individualizarse no siendo técnicamente aceptable la formulación conjunta de estos tres aspectos sin que se haga la debida discriminación y se declare en qué forma se ha violado la ley sustantiva por aquellos conceptos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 26 de junio de 1953.

ANTECEDENTES

En virtud de documento privado datado el 30 de abril de 1948 Georges Martin dijo vender a Erwin Brasch el establecimiento denominado "Restaurante Normandie", situado en la carrera 5ª número 15-37 de esta ciudad, con todos los muebles, enseres y accesorios que en él se determinan, por la cantidad de $ 10.000.00, de los cuales quedó debiendo el comprador la suma de $ 5.000.00 que se obligó a cancelar en veinticinco cuotas mensuales consecutivas de $ 200.00 cada una, pagaderas en esta ciudad el día 1º de cada uno de los meses subsiguientes a la fecha del contrato. En la cláusula quinta del contrato se dijo: "La entrega de los objetos que al final del contrato se enumeran y del Restaurante Normandie, en general, es a título de simple tenencia y con carácter provisional hasta tanto no haya sido cubierto todo su valor, pues el vendedor se reserva el derecho de dominio en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 45 de 1930, y el derecho de inspeccionar el Restaurante y los objetos que se enumeran, cuantas veces lo crea conveniente". Por la cláusula sexta se estableció "que en caso de demora en el pago de tres o más cuotas, lo mis-

ma que en caso de mora en el pago de los arrendamientos del local que ocupa el Restaurante a los señores Caro & Díaz Plaza o a los propietarios, el vendedor podía a su arbitrio pedir la restitución inmediata de todos los objetos y del Restaurante en general", caso en el cual las cuotas pagadas quedarían de propiedad del vendedor por razón del demérito de los objetos y como indemnización por incumplimiento, o dar por vencido el plazo y exigir el pago de la totalidad de las cuotas".

Se dijo asimismo que cuando el comprador hubiere cancelado la totalidad del precio pactado, Martín le transmitiría el dominio y le cancelaría el documento. En la cláusula octava se consignó que "si el comprador vende, grava o dispone en cualquier forma del Restaurante o de todos o de cada uno de los objetos que luégo se especifican, antes de que se le haya transmitido el dominio, o sea antes del pago total del precio, tal acto se considerará como abuso de confianza, delito que definen los artículos 412 y ss. del C. P. Por la duodécima el comprador se obligó a presentar a Martín dentro de los primeros días de cada mes los respectivos comprobantes de pago de los arrendamientos del local que ocupa el Restaurante bajo pena, como se expresó, de quedar terminado el plazo para el pago total del precio y exigir la restitución inmediata".

"2º—Por documento privado suscrito en esta ciudad el 15 de julio de 1949, Erwin Brasch dio en arrendamiento a Henri Kuperman y Alicia Castro de Abello, solidariamente, el establecimiento denominado 'Restaurante Normandie', con todos sus elementos y enseres, para explotarlo comercialmente. De las cláusulas del contrato importa destacar las siguientes:

"Primera.—El precio del arrendamiento será la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, que se pagará por anticipado en la casa de habitación del señor Brasch, o a su orden, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mensualidad, de la cual cantidad separará el señor Brasch el valor del arrendamiento del local donde funciona el Restaurante, pues se ha convenido que tal pago sea verificado directa y personalmente por Erwin Brasch al dueño del edificio. — Segunda. El plazo o duración del presente contrato será el de un año, que se comenzará a contar desde el día 15 del presente mes de julio, pudiendo tal término ser prorrogado por mutuo consentimiento de las partes por períodos iguales. — Cuarta. Los arrendatarios Kuperman y señora de Abello pagarán, además al señor Brasch la suma de $ 22.00 valor del arrendamiento del aviso luminoso 'Restaurante Normandie' y $ 60.30, valor de los impuestos de industria y comercio municipales. Dichos pagos se harán en la misma forma estipulada en la cláusula primera. Sexta. Los arrendatarios darán a Erwin Brasch, en calidad de depósito y al firmarse el presente contrato, la suma de quinientos pesos ($ 500.00) y al presentarse la oportunidad del pago de la segunda mensualidad, entregarán otros quinientos pesos ($ 500.00) con lo cual se formará un depósito a la orden de los arrendatarios al terminarse el presente contrato, de mil pesos ($ 1.000.00) m./cte. — Séptima. En caso de que Brasch, al vencimiento de este contrato, piense vender el Restaurante, serán preferidos para adquirirlo, a cualquier otro comprador, los señores Kuperman y de Abello, para los cuales el precio de venta será veinte mil pesos ($ 20.000.00), suma que han acordado teniendo en cuenta el índice del costo de la vida actual, que es de 2576... — Octava. Cualquier incumplimiento de las cláusulas del presente contrato por parte de los arrendatarios, dará derecho al señor Erwin Brasch para darlo por terminado inmediatamente y los arrendatarios perderán, además, la suma que han dado en calidad de depósito, como indemnización por el incumplimiento, sin perjuicios de las acciones a que hubiere lugar".

El fallador continúa exponiendo en su providencia los antecedentes del negocio así:

"3. — Como Brasch no pagara oportunamente las cuotas a que estaba obligado y cuando aún debía aproximadamente cuatro mil pesos, el Juzgado 5º Civil de este Circuito, a petición de Georges Martín, decretó el embargo y secuestro preventivos de todos los muebles y enseres 'que componen el establecimiento denominado Restaurante Normandie, situado en la carrera 5ª número 15-37, detallados todos en la demanda ejecutiva y de medidas preventivas (sic)'. Tales medidas no se llevaron a efecto, y el cesionario del crédito, Luis F. Galindo, desistió de ellos.

"4.—Haciendo uso de la facultad que le confería la cláusula sexta del contrato de venta, Martín vendió el Restaurante en referencia a Luis F. Galindo, y le hizo entrega material del mismo el 15 de diciembre de 1949, sin oposición alguna por parte de Henri Kuperman y Alicia Castro de Abello, arrendatarios de Erwin Brasch según se expresó anteriormente, y sin orden judicial de ninguna naturaleza.

"5. — Por carta fechada el 16 de diciembre de 1949, Martín le informó a Brasch que el Restaurante Normandie había sido traspasado al señor Luis F. Galindo.

"6. — Ante el Juzgado 3º Civil de este Circuito Erwin Brasch inició juicio ejecutivo contra Henri

Kuperman y Alicia Castro de Abello para el pago, entre otras cosas, del valor de los cánones de arrendamiento del Restaurante Normandie, correspondientes al lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1949 al 14 de enero de 1950, más el saldo del canon correspondiente al mes comprendido entre el 15 de agosto y el 14 de septiembre de 1949, por valor de $ 100.00. Dicho juicio se halla aún en curso".

Erwin Brasch obrando por conducto de apoderado presentó demanda ordinaria contra la señora Alicia Castro de Abello para que se le pagara "una suma mayor, mucho mayor de ochenta mil pesos en que avalúa muy por lo bajo hasta el día de la presentación de la demanda (24 de noviembre de 1951) los perjuicios morales y materiales recibidos por el actor, más los gastos y costas judiciales, intereses por la mora y los que se sigan derivando hasta el pago", perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato celebrado entre la demandada y Brasch. Al final de la demanda concreta las peticiones pidiendo que se condene a la demandada a lo siguiente:

1º—"A restituir a Erwin Brasch el Restaurante Normandie que de él recibió en arrendamiento, y los perjuicios por la mora como el precio de los arrendamientos debidos hasta la fecha en que se haga el pago y entrega.

2º—"A pagar los perjuicios objetivados en los hechos de esta demanda, según la liquidación que según esos hechos aparezca o como resulte probado y liquidado del juicio.

3º—"A pagar los costos y costas del juicio".

Como hechos fueron apuntados los siguientes: "a más de los que se dejaron relacionados como antecedentes del litigio, afirma el demandante varios otros que pueden resumirse así: desde la fecha del contrato de arrendamiento celebrado con la demandada, el demandante Brasch, cuya única fuente de ingreso era el Restaurante Normandie, quedó supeditado para el cumplimiento de sus obligaciones personales, entre ellas el pago del arrendamiento del local y de las cuotas mensuales del doctor Martín, al cumplimiento que diera la señora de Abello a las obligaciones contraídas por ella y su socio a favor de Brasch; a partir del segundo mes de arrendamiento la demandada y su socio dejaron de pagar el valor del mismo, no obstante las reiteradas exigencias del demandante, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento por parte de éste de las obligaciones asumidas en el contrato celebrado con el doctor Martín, referentes al pago de los cánones de arrendamiento y de las cuotas mensuales estipuladas; el incumplimiento del contrato de arrendamiento del Restaurante Normandie por parte de la señora de Abello, ocasionó al demandante los siguientes perjuicios materiales: a) Daño emergente en cuantía de $ 27.000.00 y más pesos, provenientes de la pérdida del Restaurante Normandie, teniendo en cuenta el precio de $ 20.000 fijado en el contrato y el aumento proporcional por la variación en el costo de la vida; b) Lucro cesante, teniendo en cuenta que a partir del mes de enero de 1950 dejó Brasch de percibir una ganancia líquida de $ 700.00 mensuales; c) $ 10.000.00 en que estima los perjuicios por la desorganización que los hechos mencionados produjeron en la economía personal del demandante, quien ha venido atravesando una penosa situación de ruina y de miseria; y d) La cantidad de $ 25.500.00 en que estima los perjuicios morales provenientes de la pérdida del crédito de que gozaba el demandante y que utilizaba en sus negocios".

La demandada se opuso a las pretensiones del actor, aceptó algunos hechos y negó otros y propuso las excepciones perentorias de pleito pendiente, contrato no cumplido y petición antes de tiempo.

El Juzgado a quo desató la litis condenando a la señora Castro de Abello a pagar a Erwin Brasch "los perjuicios materiales consistentes en daño emergente y lucro cesante, que le ha ocasionado con el incumplimiento y terminación culposa del contrato de arrendamiento del Restaurante Normandie" de acuerdo con los términos a que se refiere la parte motiva de la providencia y a partir del 15 de agosto de 1949 "hasta cuando el pago se verifique. La liquidación de estos perjuicios se hará en la forma contemplada en el artículo 553 del C. J." Se declararon no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y se absolvió a ésta "de los demás cargos formulados en la demanda, a saber: condenación al pago de cánones, condenación a la restitución del Restaurante arrendado y condenación al pago de perjuicios morales".

El Tribunal dejó consignado que como el demandante "solicita en su alegato de conclusión la confirmación total del fallo de primera instancia, por estar conforme con él, corresponde al Tribunal examinar el recurso de la parte demandada tan sólo".

La sentencia objeto del recurso reforma la de primera instancia en los siguientes términos:

"1º—Condénase a la demandada, señora Alicia Castro de Abello, a pagar al demandante, señor Erwin Brasch, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de $ 6.493.80 por razón de los perjuicios materiales que le ocasionó con el incumplimiento del contrato de arrendamiento del Restaurante Normandie, celebrado el 15 de julio de 1949.

"2º—Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"3º—Niéganse las demás peticiones de la demanda de cuyos cargos se absuelve a la demandada.

"4º—Sin costas en el juicio".

En la parte motiva del fallo del Tribunal se hacen las siguientes consideraciones, brevemente sintetizadas:

1º—La acción ejercitada por el demandante es la de responsabilidad por culpa contractual de la demandada, proveniente del incumplimiento por parte de ésta del contrato de arrendamiento base de la acción.

2º—Desde el momento en que un deudor celebra un contrato y asume una obligación de resultado, está obligado a cumplirla; al dejar de hacerlo no se porta como se hubiera conducido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones que el deudor, y por tanto, incurre en culpa. El mero incumplimiento proveniente de un hecho del deudor constituye la culpa, y, en consecuencia, aquél no se exime de responsabilidad sino demostrando caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable. Tratándose de una obligación de medio, su no cumplimiento por parte del deudor constituye asimismo una culpa; sólo que en este caso la dificultad estriba en saber si ha habido o no incumplimiento, para lo cual se hace necesario estudiar la conducta del deudor a fin de determinar si es la misma que hubiera observado un hombre prudente y diligente colocado en la misma situación objetiva en que lo estuvo aquél. Le basta entonces al deudor demostrar ausencia de culpa para que quede libre de responsabilidad.

3º—De conformidad con el artículo 1757 del C. C. corresponde al acreedor demostrar la existencia de la obligación y señalar los límites hasta dónde se extiende; precisar si el deudor ha contraído una obligación de resultado o si sólo se ha sujetado a una obligación de prudencia y diligencia, y, en este último caso, establecer el grado de diligencia prometido por el deudor. Esta carga probatoria fue cumplida satisfactoriamente por el demandante.

4º—Del contrato surgen a cargo de los arrendatarios dos obligaciones de resultado claramente definidas: a) Pagar por anticipado en la casa de Brasch o a su orden, dentro de los cinco primeros días de cada mensualidad la cantidad de $ 1.000.00 como precio de arrendamiento del Restaurante, más las sumas accesorias estipuladas por conceptos de algunos servicios; y b) Restituir la cosa al fin del arrendamiento, tal como lo prescriben los artículos 2005 y ss. del C. C.

5º—Para demostrar el acreedor la existencia de una obligación de resultado a su favor, le basta afirmar su incumplimiento por parte del deudor para que quede satisfecha a cabalidad su carga probatoria. Incumbe a éste acreditar que si cumplió su obligación, para quedar libre de culpa, o que el incumplimiento obedeció a caso fortuito, fuerza mayor o intervención de una causa extraña que no le es imputable, para exonerarse de responsabilidad.

6º—En el proceso está demostrado que la señora de Abello a partir del segundo mes de arrendamiento incumplió con la obligación de pagar a Brasch el canon de arrendamiento en la forma estipulada, y que el Restaurante arrendado no le fue restituído al arrendador.

7º—Demostrada la infracción del contrato por parte de la demandada, queda por ese mismo hecho plenamente evidenciada la existencia del primero de los elementos que configuran la acción de perjuicios instaurada: la culpa del deudor. Y como éste no alegó ni probó caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña no imputable a él, su responsabilidad surge de manera incuestionable.

8º—No por el hecho de que Brasch no fuera el dueño del Restaurante arrendado por haberse reservado el vendedor Martín el dominio del mismo, su entrega debía hacerse a éste y no al arrendador, porque de conformidad con el artículo 1974 del C. C. "puede arrendarse aún la cosa ajena" y porque el arrendatario debe restituir la cosa arrendada a su arrendador en razón del vínculo jurídico que así lo obliga.

9º—En relación con el segundo elemento que estructura la acción de perjuicios, el daño, el Tribunal inserta apartes de la sentencia de 1º de octubre de 1943 de la C. Suprema de Justicia que se transcriben por el valor doctrinario que ellos contienen:

"...sea tan sólo en virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquélla, la falta de cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina en principio acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicios; de suerte que quien ejercita esa acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización". De ahí, por ejemplo que en el caso especial del artículo 1617 del C. C., sobre indemnización de perjuicios en obligaciones de pagar una suma de dinero, el acreedor no tenga necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, por bastar el hecho del retardo. A contrario sensu predica esta disposición que sí hay esa necesidad en los de-

más casos. Cabe advertir que lo que entonces sucede es que, reputando el legislador que el dinero ha de dar esos frutos, encuentra en el retardo el lucro cesante y por lo mismo establece la presunción del perjuicio, lo que hace inoficioso exigir más pruebas. No es, pues, que se abstenga de exigirlas".

10.—Sólo hay lugar a indemnizar el daño que es una consecuencia del hecho que obliga la indemnización, y que es al demandante a quien incumbe establecer la relación de causalidad.

11. — Niega el Tribunal la existencia del daño emergente que se ha demandado; y para sostener esta proposición dice: El daño emergente ocasionado por incumplimiento del contrato lo hace consistir el actor en la pérdida del Restaurante Normandie y lo estima en una suma superior a $ 27.000. La relación de causalidad entre este daño y la culpa de la demandada aparece claramente determinada en el hecho vigésimo tercero del libelo, así: 'Como consecuencia directa del incumplimiento del contrato por parte de mi demandada, el señor Brasch no pudo pagar el saldo que debía al doctor Martín, éste exigió la totalidad de la deuda, del saldo, como sanción por la mora (de la que fue única responsable la señora Castro de Abello), y, ante la imposibilidad en que estaba Brasch de pagar, hizo uso de la cláusula sexta del contrato de venta, readquirió así el Restaurante quitándoselo jurídicamente a Brasch, lo vendió al señor Luis F. Galindo, el 15 de diciembre de 1949. Alicia Castro de Abello y su socio, entregaron tranquilamente el Restaurante a quien no se lo había entregado a ellos, y sin orden judicial'. Acontece, sin embargo, que el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de pagar oportunamente los cánones de arrendamiento no aparece como causa exclusiva de la pérdida del Restaurante, como se expresa en el hecho transcrito, toda vez que para ello sería menester que el incumplimiento de las obligaciones contraídas por Brasch para con Martín se hubiera producido como una consecuencia obligada de la violación del contrato de arrendamiento por parte de la señora de Abello. Y conforme se dejó expresado en la relación de los antecedentes de este litigio y de autos aparece demostrado, Brasch dejó de cumplir sus compromisos para con Martín desde mucho antes de haber dado en arrendamiento a la demandada el Restaurante en referencia, y, por consiguiente, con anterioridad al incumplimiento de las obligaciones a cargo de aquélla. En efecto: cuando Martín tuvo que ejecutar a Brasch por el no pago de las cuotas estipuladas sólo había cancelado éste el valor de cinco o seis. Lo cual significa que incumplió con un año de anterioridad, aproximadamente, a la fecha en que se produjo el incumplimiento de las suyas por parte de la señora de Abello, por consiguiente el incumplimiento de las obligaciones de Brasch para con Martín no se produjo como consecuencia necesaria de la violación del contrato de arrendamiento por parte de la demandada ni fue ésta la causa determinante de que Brasch perdiera el Restaurante al hacer uso Martín de la cláusula sexta del contrato respectivo. No es evidente que sin la culpa de la demandada no se hubiera producido el daño, y por ende la relación de causalidad entre aquélla y éste no aparece establecida plenamente".

En cuanto al lucro cesante que el actor estima en la cantidad de $ 16.500.00, equivalente a lo que dejó de percibir desde enero de 1950 al 30 de noviembre de 1951 anota el Tribunal: "De conformidad con el artículo 2003 del C. C. 'Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciando hubiera podido hacer cesar el arriendo o que el arriendo hubiera terminado sin desahucio'. Siendo un hecho incuestionable que el contrato de arrendamiento celebrado entre Brasch, por una parte y Henri Kuperman y Alicia Castro de Abello, por la otra, terminó por culpa de los arrendatarios al no cumplir éstos con la obligación de pagar oportunamente los cánones de arrendamiento y de conformidad con la cláusula octava del contrato síguese que el arrendador tiene derecho especialmente al pago de la renta por el tiempo que faltaba para la terminación".

12.—Los arrendatarios incumplieron sus obligaciones a partir del 15 de septiembre de 1948 y por tanto están obligados a pagar al arrendador el valor de las diez mensualidades comprendidas entre esta fecha y el 15 de julio de 1950, fecha en que expiraba el contrato o sea la cantidad de $ 10.823, comprendida en esta suma el valor de servicios que debía pagar el arrendatario, más $ 100.00 valor del saldo correspondiente al segundo mes de arrendamiento, lo que da un total de $ 10.923.00. De esa suma debe descontarse el valor de los arrendamientos en el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1949 y el 14 de enero de 1950, más los $ 100 antes anotados o sea un total de $ 4.429.20 por concepto de la ejecución que Brasch le adelanta a la señora de Abello ante el Juzgado 3º Civil de este Circuito para el pago de esos cánones, quedando solamente la suma fijada en la sentencia. Desconoce los perjuicios morales por no haber sido demostrados y porque "de acuerdo con la doctrina

y la jurisprudencia, cuando se trata de responsabilidad por culpa contractual no hay lugar a reparación de daños materiales".

18.—El Tribunal, luégo de hacer el estudio del caso, no acepta la existencia de las excepciones propuestas por la parte demandada.

LA CASACION

Como se anotó antes ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal.

DEMANDA DEL ACTOR EN EL JUICIO

Tres cargos formula el apoderado de Erwin Brasch contra el fallo. Dentro de la lógica del recurso se examina el tercero que consiste, según el recurrente, en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esta causal es la consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J.

Para sustentar este cargo el señor apoderado de Brasch se limita a manifestar que en la demanda se pidió que doña Alicia Castro de Abello fuera condenada a pagar al Restaurante Normandie, el daño emergente por su pérdida, el lucro cesante y las demás pretensiones de ese libelo; que la parte demandada pidió la absolución y que como la sentencia fue recurrida en casación por ambas partes "cae de su peso que la sentencia no resolvió en forma adecuada ni una ni otra petición". Continúa el recurrente refiriéndose al fondo mismo del negocio con citas jurisprudenciales que no dicen relación a la causal invocada.

La Corte considera:

El hecho de que el Tribunal no hubiera aceptado en su integridad las súplicas de la demanda y lo resuelto no fuera aceptado tampoco por la parte demandada, no implica la presencia de los elementos que integran esta causal. De consiguiente se rechaza el cargo.

Causal primera.

Se acusa el fallo "por ser la sentencia violatoria de varias disposiciones de la ley sustantiva, por infracción directa, por la aplicación indebida y por interpretación errónea en los términos del presente capítulo, dice el escrito de casación, consignando que 'la sentencia viola la ley sustantiva por infracción directa, cuando condena solamente a la demandada a cumplir el contrato de arrendamiento solamente en la parte que se refiere al pago de los precios o rentas hasta la expiración del plazo de la convención sobre el Restaurante Normandie; esto lo hace la sentencia cuando debió condenar a la demandada a cumplir el artículo 2005 del C. C. que impone al arrendatario el deber primordial de restituir al arrendador la cosa arrendada, es decir la sentencia violó expresamente ese artículo del C. C. colombiano'".

Sobre este aspecto del cargo la Corte observa, como ya lo hizo el Tribunal, que el recurrente en el alegato presentado ante aquella entidad expresamente pidió la confirmación del fallo de primera instancia en cuyo numeral 4º se absolvió a la demandada de la "condenación al pago de cánones, condenación a la restitución del Restaurante arrendado, condenación al pago de perjuicios morales"; allí dijo el señor apoderado: "Pido la obvia y consecuente confirmación de la brillante sentencia de primera instancia. Sólo me queda pedir a la honorable Sala la confirmación plena de la sentencia recurrida como norma impostergable de la justicia en este caso". Consiguientemente esta súplica de la demanda, la restitución del bien objeto del arrendamiento, no fue motivo del recurso de alzada ante el Tribunal, y por lo tanto no es procedente el ataque a la sentencia por violación del precitado artículo 2005 del C. C.

Dentro de la misma causal 1ª afirma el recurrente que "la sentencia violó expresamente las disposiciones de la ley sustantiva sobre daño emergente y lucro cesante, contenidas en los artículos 1613 y 1614 del C. C., que han debido ser ordenados cumplir para que se pagara ese daño emergente, y ese lucro cesante, como consecuencia del incumplimiento de los artículos 2060 y 2005 del C. C. y que violó expresamente "los artículos 1546 al no decretar la indemnización correspondiente y los artículos 1609 y 1610 del C. C., que establecen la mora y la obligación de indemnizar al deudor los perjuicios resultantes de la infracción del contrato". Se manifiesta que el arrendador Brasch cumplió integralmente las obligaciones que en tal carácter le impone la ley y que "la señora de Abello en ningún momento fue perturbada o embarazada en el goce de la cosa arrendada". Transcribe algunos apartes de la sentencia recurrida en que el Tribunal admite la existencia de la culpa del arrendatario en el incumplimiento del pago de los cánones de arrendamiento a partir del segundo mes en adelante, sin que hubiera demostrado una causal eximente de esa presunción de culpabilidad y que, por consiguiente, el Tribunal violó las disposiciones citadas al no haber condenado a la arrendataria al pago total de los perjuicios en la forma que fueron pedidos en la demanda de acuerdo con los hechos en ella expuestos.

La Corte observa:

La situación planteada con motivo del juicio a que se refiere este estudio ofrece a la consideración diversos aspectos que se relacionan con la tan debatida cuestión de la responsabilidad contractual en los elementos que estructuran la noción de la culpa, ya sea ella considerada en sí misma, ora en relación con el perjuicio o daño, ya en el elemento de causalidad, eficiente entre la culpa y el daño.

La culpa se presume a cargo del deudor por el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo. Ello implica que esa presunción, de tipo legal, exonera al acreedor de la carga de su prueba, siendo el deudor quien debe demostrar el caso fortuito, la fuerza mayor o en general, la presencia de una causa extraña a su voluntad que lo inhiba de la presunción en su contra.

Pero del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la culpa; porque pueden presentarse situaciones en que no obstante la culpa del deudor no se hubieren ocasionado los perjuicios o que éstos queden fuéra de la órbita de las nociones que integran los elementos de la culpa. Perjuicios y relación de causalidad entre éstos y la culpa son demostraciones cuya carga le compete al acreedor.

La culpa se considera por los tratadistas como la violación de una norma de conducta por no haber previsto las consecuencias de nuestros actos cuando éstas han debido y podido ser previstas. Vale decir que la noción de la previsibilidad integra por modo esencial la figura de la culpa. El deudor no puede ser sujeto imputable para el efecto de indemnizar sino de aquellas consecuencias o perjuicios que hubiera debido y podido prever. Por el aspecto contractual los perjuicios se deducen de la naturaleza misma del contrato y de las implicaciones necesarias que de él emanan. Y no de otras.

Este análisis se refiere exclusivamente a la culpa y al perjuicio en sí mismos considerados.

Aplicando estos conceptos a la situación de hecho que ofrece el negocio en estudio, se tiene lo siguiente: Brasch quiere hacer responsable a la señora de Abello de todos los perjuicios, daño emergente y lucro cesante que se dice padeció por haber perdido el dominio del Restaurante Normandie; afirma el actor en el juicio y el recurrente en casación que esa pérdida se debió a culpa de la arrendataria por no haber cumplido el contrato de arrendamiento pagando oportunamente los cánones respectivos. Pero se quiere ignorar que la señora de Abello desconocía la cláusula de reversión del dominio pactado en el contrato de venta celebrado entre Martín y Brasch y a que hace referencia el documento privado que obra en autos. La arrendataria al no tener conocimiento de ese contrato y de la condición resolutoria expresa estipulada en contra de Brasch, estaba en incapacidad de prever que la falta de cumplimiento en el pago de los arrendamientos trajera como consecuencia la pérdida del dominio del Restaurante por parte de Brasch.

Refiriéndose a estas nociones de la culpa y el perjuicio contractuales, dicen Alessandri y Somarriva (Curso de Derecho Civil, Tomo 3º, páginas 193 y 219), que "Por regla general la responsabilidad contractual SE LIMITA a la indemnización de los perjuicios previstos, y sólo cuando hay dolo a los imprevistos". "Dentro de los perjuicios patrimoniales, por regla general, no responde el deudor de los perjuicios indirectos sino sólo de los directos. Por lo tanto el que vendió un animal enfermo sólo está obligado a pagar a la sucesión el valor de ese animal y el del ganado, pero no los perjuicios que ocasiona la quiebra y el daño moral del suicidio. (Se trata de la quiebra o suicidio de quien por consecuencia de la compra de un animal enfermo perdió el resto de los semovientes). Los perjuicios directos pueden ser previstos o imprevistos. Esta clasificación tiene importancia porque la regla general es que el deudor sólo responda de los perjuicios previstos. Excepcionalmente, como establece el artículo 1558 responde de los imprevistos cuando ha habido dolo de su parte. Y como el dolo se equipara a la culpa grave, también responderá de ello cuando hay culpa grave de su parte".

El artículo citado corresponde al 1616 de nuestro C. C., que dice:

"Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

El doctrinante Pérez Vives (Teoría General de las obligaciones, volumen 2º, parte 1ª), al tratar sobre el perjuicio anota: "Según el Código Civil, el deudor es responsable de los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento culpable de un contrato, en la medida que tales perjuicios se previeron o pudieron preverse al tiempo de su celebración. Esta es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar con su recto criterio".

En el contrato de arrendamiento, base de la acción, se estipuló que de los $ 1.000.00 valor del canon mensual "separará el señor Brasch el valor del

arrendamiento del local donde funciona el Restaurante, pues se ha convenido que tal pago sea verificado directa y personalmente por Erwin Brasch al dueño del edificio". En ninguna parte de ese contrato se hace referencia a cuotas o valores que Brasch debiera pagarle a Martín; nada se dijo allí en relación con el pacto de reserva de dominio pendiente entre aquellos señores.

De lo anteriormente expuesto deduce la Corte que no fueron violados en la sentencia recurrida los artículos invocados en el cargo, siendo de observar que en numerosos fallos la Corte ha declarado que los conceptos de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea a que alude el inciso primero del artículo 520 del C. J. entrañan motivaciones específicamente distintas que en casación deben individualizarse no siendo técnicamente aceptable la formulación conjunta de estos tres aspectos sin que se haga la debida discriminación y se declare en qué forma se ha violado la ley sustantiva por aquellos conceptos.

Segundo cargo:

Lo considera el recurrente "como haciendo parte de aspectos de la causal primera" y lo hace consistir "en haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba aportada por mí en que se declaró confesa a la demandada en las posiciones que absolvió".

Lo fundamenta así: "La sexta pregunta del interrogatorio, pregunta aprobada expresamente por el señor Juez Civil del Circuito de Bogotá y después por el H. Tribunal Superior de Bogotá, y la que por éstos se debe considerar, en las consecuencias de la declaratoria de confeso como contestada afirmativamente por Alicia Castro de Abello dice así: '6.—Diga la absolvente si es o no cierto —y yo afirmo que sí lo es—, que la absolvente y su coarrendatario sabían perfectamente que de los dineros que ellos debían pagar por anticipadas mensualidades destinaba Brasch para cubrir sus cuotas con el doctor George Martín?' La sentencia en su parte motiva niega que se haya comprobado la causalidad de los perjuicios de la pérdida para Brasch del Restaurante Normandie, y aprecia por eso erradamente en error de derecho esa prueba y otras del expediente, que demuestran que en ningún momento la Abello ha debido entregar sin orden de Brasch —a persona distinta de Brasch— el Restaurante Normandie".

La Corte considera:

Se ha examinado que en el contrato de arrendamiento no se dijo nada en relación con las cuotas que Brasch debiera pagarle a Martín; pero aceptando la confesión presunta de la arrendataria a que alude el recurrente, ella no probaría sino que del valor del arrendamiento, Brasch debía descontar las cuotas que le debía a Martín, pero no que la señora de Abello tuviera conocimiento de la cláusula de reserva del dominio consignada en el contrato celebrado entre aquellos señores. Parece que el recurrente en este caso confunde la obligación que tuviera la señora de Abello de entregarle el Restaurante al arrendador y de noticiarle turbación o molestia en el goce del bien objeto del contrato, con la relación de causalidad entre la culpa y el daño que el Tribunal no aceptó sobre la base de probanzas que no han sido objeto de ataque en el recurso.

Se ha visto, por otra parte, cómo el apoderado del actor en el juicio admitió expresamente las resoluciones del fallo de 1ª instancia; si se ha impetrado la indemnización de perjuicios en la cantidad en que lo ha hecho el actor, es precisamente porque ha declarado que Brasch perdió el Restaurante; y "jurídicamente", como lo dice el recurrente, su dominio ingresó al patrimonio de Galindo, cesionario de Martín; existe, pues, una imposibilidad física para que la señora de Abello pudiera verificar esa restitución.

Atrás se han insertado algunos párrafos de la parte motiva de la sentencia recurrida; en uno de ellos el Tribunal llega a la conclusión, sobre las pruebas recogidas en el juicio, de que no existe probada la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, porque cuando Brasch celebró el contrato de arrendamiento, se encontraba en mora de pagarle a Martín numerosas cuotas pendientes. "No es evidente, anota el fallo, que sin la culpa de la demandada no se hubiera producido el daño, y por ende la relación de causalidad entre aquélla y éste no aparece establecida plenamente". Pero más adelante, fundamentando la aplicabilidad del artículo 2003 del C. C. declara que es un hecho incuestionable que el contrato de arrendamiento entre Brasch y la señora de Abello terminó por culpa de los arrendatarios al no cumplir éstos con la obligación de pagar oportunamente los cánones de arrendamiento y que, por lo tanto, el arrendador tiene derecho al pago de la renta por el tiempo que faltaba para la terminación. Pero esto no consulta la realidad procesal: el contrato de arrendamiento no se terminó por la razón expuesta por el fallador sino porque se extinguió el derecho de arrendador cuando Martín hizo uso de la cláusula de reserva del dominio sobre el Restaurante y lo transfirió al señor Galindo, perdiendo su goce la arrendataria por una causa extraña a su conocimiento y a su voluntad. Porque si, como lo advierte el Tribunal,

sobre la base de elementos de prueba que no han sido atacados en casación, la causa para que Martín hubiera hecho uso de la facultad contractual que se viene anotando, no fue tan sólo la mora en el pago de los cánones, sino la propia mora de Brasch en el pago de sus cuotas, mora existente en el momento de celebrar el arrendamiento, es de toda lógica inferir que no fue la culpa de la arrendataria la que hizo que terminara de hecho ese contrato.

Dice el recurrente en otro de los apartes de este cargo que "la arrendataria estaba obligada, por fuerza del artículo 1939 del C. C. á avisar la turbación o molestia al arrendador, cosa que ella nunca hizo ni pudo hacer, porque ni turbada, ni embarazada ni molestada (sic). Admitido este hecho, relacionado con los anteriores, no se puede concluir nada distinto de que perder el bien recibido en arrendamiento, fue causa de daños tremendos en el patrimonio de Brasch...". Pero la misma parte actora en el juicio llevó a los autos con fecha 16 de diciembre de 1949 la carta que Martín le dirigió a Brasch en que le dice: "Por la presente le informo que el Restaurante ha sido traspasado al señor Luis F. Galindo. Ruégole acercarse a la oficina. (Fdo.) Georges Martin". Luego Brasch tuvo conocimiento directo de su mismo vendedor, de que éste había hecho uso de la cláusula de reversión del dominio. Ninguna demostración arroja el expediente sobre la actuación de Brasch en orden a evitarle a la arrendataria las consecuencias de la transferencia de dominio de que se le daba cuenta.

Consiguientemente, se rechaza el cargo.

Casación de la parte demandada en el juicio.

Según se expresa en el escrito respectivo el "recurso de casación va encaminado a obtener la casación del fallo para que se revoque el primer numeral de él y queden en firme las demás declaraciones.

En cuatro capítulos expone el recurrente los ataques al fallo.

En el primero se le acusa por el numeral 1º del artículo 520 del C. J., "por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y también por provenir esa violación por falta de apreciación de determinadas pruebas a las que se hará referencia en la demanda. Señala como infringidas por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1545, 2006, 1612, 1614, 2003 y por no haberlos tenido en cuenta y aplicados al caso del pleito los artículos 1609 y 1757 del C. C.".

Este cargo lo plantea el recurrente en dos tesis: 1ª No está demostrada la relación de causalidad entre el incumplimiento del contrato de arrendamiento por la parte demandada y los perjuicios que demanda al actor Brasch; 2ª No está demostrada, pero ni siquiera en principio, la existencia de esos ilusorios perjuicios.

Como tesis subsidiaria sostiene: "Que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1609 del C. C., Brasch no puede demandar a la señora Alicia Castro de Abello, porque Brasch le incumplió el contrato de arrendamiento de 15 de julio de 1949. Este es el fundamento de la excepción non adimpleti contractus" propuesta en el juicio.

Para sostener la primera tesis el recurrente manifiesta que en la culpa contractual es indispensable y esencial establecer la relación o nexo de causalidad, entre la infracción, la culpa y el perjuicio causado. "De esa culpa se libera el contratante deudor cuando demuestra la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que impidió el cumplimiento del pacto". Sobre este aspecto de la falta de comprobación de la causalidad, cita los mismos apartes de la sentencia recurrida, y al analizar las pruebas que le sirvieron al fallador de instancia para llegar a la conclusión de que la pérdida del Restaurante no se debió a la culpa del arrendatario, ya que Brasch se encontraba en mora de pagar en el momento del arrendamiento diversas cuotas pendientes con Martín, dice: "Esas pruebas sobre el incumplimiento de Brasch con Martín a que se refiere el fallador y de las cuales concluyó con toda evidencia que Brasch no le cumplió a Martín, no fueron sin embargo tenidas en cuenta en la sentencia, para haber deducido o concluido lógicamente que no fue el incumplimiento por parte de los arrendatarios demandados lo que determinó que Martín hubiera ejecutado a Brasch y le hubiera vendido el Restaurante al señor Luis F. Galindo".

Y adelante expone: "No fue por incumplimiento de la señora Abello que Brasch no pagó las cuotas a Martín, porque las cuotas las debía antes, sino por culpa del propio Brasch, por un hecho de él, por un factor deependiente de su voluntad ajeno a la señora demandada".

Para sostener la segunda tesis afirma que los perjuicios que se demandan por incumplimiento de un contrato deben ser demostrados por el demandante y que esa demostración no obra en autos.

En el capítulo segundo el recurrente acusa la sentencia por no haberlos aplicado al caso del pleito los artículos 1982, 1987 y 1988 del C. C. Y para fundamentar el cargo declara que Brasch "estaba

obligado a mantener a los arrendatarios en el goce de la cosa arrendada y a librarlos de toda turbación en el goce de ella, lo que no hizo el arrendador porque Brasch sabía que en virtud del contrato con Martín estaba sometido a una cláusula resolutoria, lo cual no tenían porqué saberlo los arrendatarios".

En otro de los apartes de la fundamentación expresa: "Los arrendatarios tuvieron que entregar el Restaurante siete meses antes del plazo estipulado en el contrato que vencía en julio de 1950 y ellos lo entregaban en diciembre de 1949. Si esto es así no se ve por qué, los arrendatarios, en especial la señora de Abello tenga que pagar por concepto de servicios, arrendamientos por el Restaurante, de enero de 1950 a julio de ese mismo año, habiendo sido privada del goce de la cosa arrendada en el mes de diciembre de 1949".

En el capítulo III acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 2003 del C. C., porque el Tribunal sostiene que fue por culpa de los arrendatarios que se puso fin al contrato de arrendamiento y que ello no es exacto. Que erró el Tribunal no sólo de derecho en aplicación de ese artículo sino incidió en un error de hecho manifiesto en los autos al afirmar que el contrato de arrendamiento terminó por culpa de los arrendatarios. Declara "que el contrato se terminó antes del plazo estipulado porque Martín le vendió el Restaurante a Galindo".

La Corte considera:

Antes se ha expuesto que es equivocado el concepto del Tribunal al afirmar que el contrato de arrendamiento terminó por culpa de los arrendatarios, puesto que ello se debió a la presencia de una causa extraña a los mismos que extinguió el derecho del arrendador sobre el bien objeto del contrato. Si Martín en ejercicio de la cláusula de reserva de dominio le transmitió éste a Galindo, automáticamente el contrato de arrendamiento expiró, según lo consagran claros preceptos civiles. Por consiguiente el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 2003 del C. C. invocado por el recurrente y que fue el que sirvió de fundamento sustantivo al fallador de instancia para condenar a la demandada al pago de la cantidad de seis mil cuatrocientos noventa y tres pesos, ochenta centavos ($ 6.493.80) como valor de los perjuicios materiales por incumplimiento del contrato. El cargo formulado por el recurrente, en la forma antes anotada, prospera y la sentencia debe ser casada por ese motivo.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Las razones que se han ameritado a lo largo de esta providencia demuestran que por no haber incurrido en culpa exclusiva la demandada para que se terminara el contrato de arrendamiento celebrado con el señor Brasch, sino que el factor determinante de tal situación fue la causa extraña a que antes se ha hecho referencia que hizo que legalmente se produjera la terminación del contrato, antes del término estipulado, lleva a la conclusión de que la demandada no pueda ser condenada al pago de perjuicios equivalentes al valor de los cánones de arrendamiento causados con posterioridad a la fecha en que cesó en el goce del bien materia del contrato.

En mérito de lo que se deja 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, FALLA:

1º Se casa la sentencia que ha sido objeto del recurso.

2º Se revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelve a la demandada de los cargos y prestaciones a que se refiere la demanda, de conformidad con lo dicho anteriormente.

Costas a cargo de la parte recurrente vencida.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DECLARACION DE NULIDAD DE UNA TRANSACCION

1.—Las formalidades exigidas por el artículo 489 y a que deben sujetarse los guardadores, no las establece la ley por razón de la naturaleza del contrato de transacción, sino por el estado de incapacidad del que está bajo la guarda.

2.—No por versar sobre derechos inmuebles el litigio que se pretenda finalizar con la transacción, ha de requerir ésta de las formalidades o solemnidades propias de los negocios sobre bienes raíces.

A este respecto la Corte se pronunció en sentencia de 22 de marzo de 1949, Tomo LXV, pág. 634.

3.—Anulada una transacción causa del desistimiento del recurso de casación, éste último como efecto de aquélla, no puede producir a su vez efectos jurídicos.

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

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Del Tribunal Superior de Cali ha venido el juicio ordinario propuesto por Julia Gómez Serna contra Alfonso Quintero y Concepción Valencia de Quintero, sobre nulidades de una transacción y de una actuación en un litigio anterior, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de agosto de 1954 que le puso fin a la segunda instancia del presente juicio.

ANTECEDENTES

Primer litigio

En escritura Nº 670 de 9 de noviembre de 1936 otorgada en la Notaría Primera de Cali, se expresó que Alfonso Quintero compraba para la sociedad conyugal existente entre él y Julia Gómez Serna una casa situada en dicha ciudad.

Sobrevinieron luego diversas transferencias de Quintero a varias personas, y la última de éstas, (Roberto Valencia), adquirente de toda la casa, la vendió al mismo Quintero y a su legítima mujer Concepción Valencia de Quintero, (escritura 389 de marzo de 1942 otorgada en Cali).

Julia Gómez Serna, puesta más tarde en interdicción judicial, por enajenación mental, por medio de apoderado constituído por su curadora interina Ester Gómez de Mejía, intentó un juicio ordinario para recuperar la mitad del inmueble, acción que fue denegada en primera instancia el 26 de noviembre de 1946, revocada por el Tribunal el 23 de febrero de 1949, que le reconoció a la demandante su calidad de propietaria, en la condición de comunera, de la mitad del inmueble en referencia.

El apoderado de los demandados en ese juicio: Quintero y su señora, interpuso recurso de casación contra dicho fallo: pero antes de venir el asunto a la Corte, fue presentado al Tribunal un escrito que reza:

"Nosotros, Humberto Jordán Mazuera, apoderado de Ester Gómez de Mejía, curadora de la interdicta Julia Gómez Serna y Jorge J. Ramírez Ospina, como apoderado de los esposos Alfonso Quintero M., y Concepción Valencia Chica de Quintero, hablando en el juicio ordinario reivindicatorio que los primeros adelantan contra los segundos, con todo respeto a Ud. manifestamos:

"Que hemos transigido y arreglado amigablemente dicho juicio bajo las siguientes condiciones: El apoderado de los demandados desiste del recurso de casación que interpuso contra el fallo de segunda instancia y reconoce la suma de ocho mil pesos moneda corriente. En virtud de esta transacción, ambas partes aceptan la sentencia de primera instancia de fecha 26 de noviembre de 1946 pronunciada por el señor Juez Segundo Civil de este Circuito, y por la cual fueron absueltos los demandados, sin condenación en costas para las partes, sentencia que debe registrarse de conformidad con la ley, previa cancelación del registro de la demanda.

"Queda en esta forma cancelada y terminada definitivamente la acción instaurada por los demandantes. Desde ahora renunciamos notificaciones y ejecutorias del auto que recaiga a este memorial.

"Cali, abril 18 de 1949.—Honorable Magistrado, (fdo) Humberto Jordán M.—(fdo) Jorge J. Ramírez Ospina".

A este memorial recayó la providencia que dice:

"Cali, tres de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

"En los términos y para los efectos expresados en el memorial que precede, suscrito por los doctores Jorge J. Ramírez Ospina, en su carácter de apoderado de Alfonso Quintero M., y Concepción Valencia de Quintero, y Humberto Jordán Mazuera, en su carácter de procurador de Ester Gomez de Mejia, acéptase el desistimiento que el primero de los nombrados hace del recurso de casación por él interpuesto contra la sentencia de fecha veintitrés de febrero del presente año proferida por esta Sala.

"Dase por renunciada la notificación y ejecutoria de este auto, tal como lo solicitan los interesados".

El asunto volvió al Juzgado, allí se dictó el auto de ordenanza: "obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior", se ordenó la cancelación de la demanda, el registro de la sentencia de primera instancia y el archivo del expediente.

Litigio actual

Julia Gómez Serna, ya rehabilitada por haberse levantado la interdicción, (abril 3 de 1952) con motivo del recobro de sus facultades mentales, promovió por apoderado, el 11 de mayo de 1953, el juicio de que hoy se trata, en el cual se pretende obtener las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es nula de nulidad absoluta, la pretendida transacción llevada a cabo entre el Dr. Jorge J. Ramírez Ospina como apoderado del señor Alfonso Quintero M., y de la señora Concepción Valencia Chica de Quintero y el finado Dr. Humberto Jordán Mazuera, como apoderado de la curadora interina Esther Gómez de Mejía, efectuada por medio de memorial suscrito por los dos nombrados apoderados y dirigido al H. Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Sala Civil, memorial que lleva fecha de 11 de abril de 1949 y que obra dentro del juicio ordinario promovido por la señora Esther Gómez de Mejía como curadora interina de la interdicta Julia Gómez Serna, o Julia Gómez Serna de L. contra Alfonso Quintero M., y Concepción Valencia Chica de Quintero, juicio que primitivamente se tramitó en el Juzgado 2º Civil de este circuito, y que hoy, en virtud del repartimiento general se encuentra en el Juzgado 5º Civil de este Circuito.

"**Segunda.**—Que es nula por incompetencia de jurisdicción la subsiguiente actuación procesal llevada a cabo por el Juzgado Quinto Civil de este Circuito, a partir del auto de 17 de mayo de 1949 de obedézcase y cúmplase, dentro del juicio ordinario adelantado por la señora Esther Gómez de Mejía como curadora interina de la señora Julia Gómez Serna (o Julia Gómez Serna de L.) contra Alfonso Quintero M., y Concepción Valencia Chica de Quintero.

"**Tercera.**—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores o simplemente de la primeramente solicitada, se declare, igualmente, que la sentencia Nº 21 de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, de 23 de febrero de 1949 está en firme en todos y cada uno de sus puntos, sin solución de continuidad, desde la fecha en que fue pronunciada y debe producir todos los efectos legales indicados en el fallo respectivo.

"**Cuarta.**—Que como consecuencia de esta tercera declaración se ordene la inscripción del fallo en los libros de registro de la ciudad de Cali, para que sirva de complemento con el título de adquisición de la propiedad".

El Juez de primera instancia, en fallo de 6 de febrero de 1954, declaró nula, de nulidad relativa la transacción en referencia que sirvió de base al desistimiento del recurso de casación en el primer pleito, pero denegó las demás peticiones de la demanda inicial del segundo.

Apelada esa providencia, el Tribunal de Cali la revocó el 31 de agosto último y en su lugar pronunció todas las declaraciones, pero sin condena en costas.

La casación

El apoderado de la parte demandada y vencida formula siete capítulos de acusaciones contra la sentencia recurrida, principiando por el cargo de incongruencia, por estimar que, de las siete excepciones perentorias propuestas: ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante y de su apoderado, transacción, cosa juzgada, petición de modo indebido y de lo no debido, ineptitud

sustantiva de la demanda, prescripción adquisitiva de la propiedad del inmueble y prescripción de la acción de nulidad, el Tribunal no consideró y falló sino las de prescripción, ilegitimidad o ineptitud de la demanda, dejando de examinar y resolver las demás.

Por tratarse en esta parte de la causal segunda de casación, la Corte tiene que considerar en primer término ese cargo.

Al efecto, se observa:

De un lado, aunque el Tribunal no mencionara, como tales, las excepciones en referencia, al estudiar a fondo el asunto contempló en realidad los hechos fundamentales de ellas, y como estimó carente de razón la defensa, pronunció el fallo totalmente condenatorio, de suerte que en tal forma sí hubo pronunciamiento sobre las pretensiones de la parte demandada. El Tribunal consideró todas las excepciones al decir, después de examinar la de prescripción "...está bien que se haya declarado no probada esta excepción en el fallo revisado, como lo hizo el Juez respecto de ésta y de todas las demás propuestas, que tampoco resultan probadas en concepto de la Sala" (f. 22 v. cuad. 3).

Pero suponiendo que en verdad se hubiera guardado silencio sobre alguna excepción, la Corte tendrá oportunidad de considerarla al fallar en instancia más adelante, porque de los demás cargos, uno de ellos, el planteado en el capítulo sexto, que se verá en seguida, es fundado e impone la casación de la sentencia recurrida.

Por tanto, la acusación por la causal segunda carece de mérito.

Pasando al **Capítulo sexto**, se tiene:

Dice el recurrente:

"**Acusación.** El Tribunal al considerar como aceptable el desistimiento del recurso de casación, como independiente de la transacción misma cometió un evidente error de hecho, pues apreció mal el contrato que contiene tal memorial y al creer que podían desligarse los dos fenómenos transacción y desistimiento como distintos, cuando es sólo uno: la transacción o renuncia de que hablé en el capítulo anterior y como consecuencia de esto el desistimiento. Es decir que la transacción o renuncia dio origen al desistimiento. Este error en el hecho, puedo decir, es consecuencia del error de derecho consistente en desconocer a la transacción o renuncia de que se trata, su naturaleza de indivisible.

En el tomo 3º de la Jurisprudencia de la Corte Suprema por el Dr. Fernando Garavito se encuentra esta doctrina: "La petición que hace el demandante para que se declare terminado por transacción el juicio que se inició, es cosa muy distinta del desistimiento del pleito: Si la transacción no es válida, de nada serviría el auto que declara terminado el juicio por transacción". (Nº 3999).

"De la misma manera y aplicando esta doctrina si la transacción o renuncia en discusión no es válida, de nada sirve el auto de desistimiento que decretó el Tribunal Superior de Cali y entonces en último extremo declarada la nulidad de aquel acto tiene que venir como consecuencia la nulidad del auto de 3 de mayo de 1949 del Tribunal de Cali que admitió el desistimiento del recurso de casación.

"La sentencia del Tribunal de Cali dice que al admitir el desistimiento no hizo sino reconocer la voluntad de las partes sin tener para nada en cuenta la transacción: 'Con esto lo único que hizo el Tribunal fue aceptar el desistimiento presentado por el apoderado de los litigantes nombrados, sin que en los términos de su providencia esté comprendida la aceptación de la transacción'. (Folio 19 vto., cuaderno Nº 3).

"Es una rara manera la de la sentencia al interpretar lo que dijo el Tribunal cuando aceptó el desistimiento del recurso de casación en el pleito primitivo. Dijo: 'En los términos y para los efectos expresados en el memorial que precede ... acéptase el desistimiento'. La palabra término significa el objeto, el fin, aquello dentro de lo cual se contiene enteramente una cosa de modo que nada de ello se encuentre fuera de él y efecto significa lo que se sigue por virtud de una causa, el fin para que se hace una cosa. De suerte que la sentencia cuando usó las expresiones 'en los términos y para los efectos expresados en el memorial que precede', dijo no sin quererlo, sino queriéndolo expresamente, que decretaba el desistimiento para que la transacción a que se refería el memorial, que ya he transcrito en la parte histórica surtiera sus efectos, el fin buscado. Dentro de ese memorial estaba todo, de modo que nada se encontraba fuera de él y todo formaba algo indivisible.

"La transacción o renuncia de que se trata es indivisible porque no admite una división siquiera sea intelectual, toda vez que sometida como está a una condición debe cumplirse del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese y ha debido cumplirse literalmente en la forma convenida (art. 1581, 1540, 1541 del C. Ci-

vil). Es decir, debía cumplirse lo pactado así: Desistiendo primero del recurso de casación, desechando la sentencia de segunda instancia del Tribunal y aceptando la sentencia absolutorio del 28 de noviembre de 1946, registrándose ésta y cancelando la inscripción.

"La intención de las partes es clara al respecto: Desistieron del recurso de casación en virtud del arreglo celebrado mediante ciertas condiciones. La transacción y el desistimiento se confunden. Pero en virtud de los errores anotados el Tribunal contempló únicamente el caso de la nulidad de la transacción mas no el de uno de los efectos de ésta, el desistimiento. Si aquella es nula tiene que serlo éste, porque ella se produjo como consecuencia de la transacción o renuncia. El Tribunal no ha debido dividir los dos fenómenos jurídicos de que he hablado.

"El Tribunal no procedió en la forma que he dicho, sino dijo: 'Lo único que hizo el Tribunal fue aceptar el desistimiento sin aceptar la transacción y cuando más se puede decir que aceptó el desistimiento para facilitar la transacción de que hablan las partes en el memorial de desistimiento'. Allí está el grave error de hecho al confundir los diversos aspectos que contempló el arreglo: Desistimiento como primer paso; luego pago de ocho mil pesos, después reconocimiento de la sentencia de primer grado y por último registro de ésta y cancelación del registro de la demanda. Sin estas varias cosas no se hubiera transigido.

"Antes de esto el Tribunal había considerado que en el arreglo no había habido sino un proyecto de transacción y no se explica uno por qué razón si ésta era su creencia se atrevió a declarar la nulidad de un contrato que consideraba no existir.

"El desistimiento de que habla el Tribunal se hizo bajo condiciones y si éstas son nulas aquél también tiene que serlo. Dice el Dr. Julio González Valencia (sic) Institución Procesal Civil Colombiana, pág. 218: 'Condicionalmente pueden desistir las partes manifestándolo expresamente. De suerte que, por excepción, puede darse el caso de desistimientos no absolutos. Ellos obedecen a la finalidad de darles oportunidad de solucionar extrajudicialmente sus pretensiones encontradas, puesto que sus intereses no deben someterse absolutamente a hacerse depender sólo de al decisión del litigio planteado'.

"A consecuencia de los errores dichos el Tribunal violó estos artículos. Dejó de aplicar los arts. 1.561, 1.540 y 1.541 del C. Civil en relación con el 2.469 de la misma obra y aplicó indebidamente los arts. 469, 1740 y 1741 del C. Civil y el art. 2º de la Ley 50 de 1936. Aplicó indebidamente el 663 del C. J., toda vez que estando ligado el desistimiento a la transacción, si ésta es nula tiene que serlo el auto que lo admitió. También dejó de aplicar el art. 1.746 del C. Civil, esto es, no volvió las cosas al estado en que se encontraban antes de existir el contrato que se considera nulo".

En lo sustancial tiene plena razón el recurrente: en el escrito de desistimiento del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia en el primer pleito, claramente se dijo por qué y para qué se desistía: por causa y para efectos de la transacción pactada, de suerte que saltan a la vista la inconsecuencia del fallo de que hoy se trata al declarar nula la transacción, causa del desistimiento, pero dejando en pie éste, efecto de aquélla; y como en verdad se expresó en el auto admisorio de aquel que "En los términos y para los efectos expresados en el memorial", no hay duda que el fallo que actualmente examina la Corte violó el artículo 1746 del Código Civil, al declarar nula la transacción pero sin volver las cosas al estado anterior a ella, que no era el de estar en firme la sentencia de segunda instancia del primer juicio sino **recurrida** en casación.

Con la orden de que se registrara dicha sentencia como si estuviera ejecutoriada, se dejó de aplicar el artículo precitado.

Lo expuesto basta para considerar fundada la acusación y en tal virtud, casar la sentencia, sin que valga la observación que hace el Tribunal de que el proceso en que se produjo el desistimiento ya está concluido y archivado. También podría, por ejemplo, estar concluido, protocolizado y registrado un juicio de sucesión, sin que eso impidiera la prosperidad de una demanda de petición de herencia que obligara a rehacer la partición, o una rescisión por lesión enorme con efecto semejante.

Fallo de instancia

La primera de las peticiones de la demanda se endereza a obtener que se declare nula la transacción celebrada en el primer pleito, entre el apoderado de la guardadora de Julia Gómez Serna, demandante, y el apoderado de los demandados Alfonso Quintero y señora de Quintero.

Como atrás se expresó, el litigio en que aquel acto se produjo versaba sobre la propiedad de la mitad de una casa en Cali.

La solicitud de declaración de nulidad es procedente, porque siendo actora en aquel juicio una persona incapaz por interdicción y puesta, por tal motivo bajo guarda, ha debido acatarse el artículo 489 del Código Civil, que reza:

"Se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo, que se valúen en más de mil pesos, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterá a la aprobación judicial, so pena de nulidad".

En el caso que se contempla no se acondió a lo dispuesto en la norma transcrita, luego la transacción es nula.

No vale alegar ahora que la interdicción de Julia Gómez Serna se pronunció en forma irregular, en una articulación fuera del juicio que reglamentan los artículos 818 y siguientes del Código Judicial.

La alegación es inepta, entre otras razones, por las siguientes:

Porque de ser fundado el reparo, ha debido plantearse en el juicio reivindicatorio que propuso, por medio de apoderado, la señora Ester Gómez de Mejía en nombre de su pupila la interdicta Julia Gómez Serna.

Porque si la interdicción había sido irregularmente pronunciada, la guardadora tampoco habría tenido personería para provocar ni celebrar, directa ni indirectamente la transacción.

Y porque, aun cuando la interdicción tenía el carácter de provisional, sí se produjo en articulación dentro del juicio, como aparece del texto de la providencia respectiva de 19 de julio de 1945, que obra a fs 7 y siguientes del cuaderno Nº 2, que transcribe las peticiones de la demanda del Personero Municipal, de las cuales las dos primeras son del siguiente tenor:

"1º—Decrete en sentencia la interdicción, por imbecilidad, o idiotez, o deficiencia mental, de la señora Julia Gómez Serna, y se le nombre curador, teniendo en cuenta la norma del artículo 550 del C. C. 2º—Mientras se ventila este juicio, pide se declare en interdicción provisional a la mentada señora Julia Gómez Serna, y que en consecuencia se le nombre curador provisional. Con el fin de que se decrete esta interdicción provisoria de que trata el artículo 535 del C. C., y 819 del C. J., pido sean oídos sus parientes Esther de Mejía y Efraín Mejía C.".

Sentado lo anterior, falta saber de qué clase de nulidad se trata, si relativa o absoluta.

El Juez de Circuito estimó que es relativa y el Tribunal se pronunció por la absoluta.

La Corte considera que en este punto el acierto corresponde al Juez, porque las formalidades exigidas por el artículo 489 y a que deben sujetarse los guardadores no las establece la ley por razón de la naturaleza del contrato de transacción, sino por el estado de incapacidad del que está bajo la guarda, en el presente caso la señora Julia Gómez Serna, interdicta cuando celebró la transacción el apoderado de la guardadora.

El Tribunal estimó que por versar sobre derechos inmuebles el litigio que se pretendió finalizar con la transacción, ésta requería, por sí misma, las formalidades o solemnidades propias de los negocios sobre bienes raíces.

No. A este respecto la Corte ha dicho:

"Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común. Ello porque, por su naturaleza, la transacción no es transmitiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancias sobre la cual ha recaído.

"Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aún mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contraparte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se los reconoce.

"De igual manera, cuando los propietarios de predios limítrofes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, no se hacen por ello concesiones recíprocas de terreno, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que pretendía en cuanto la nueva limitación abarca sus pretensiones. Lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretan sus títulos y señalan la demarcación, pero cada uno continúa poseyendo por el título de su propiedad, ya que la transacción sólo se encamina a declarar hasta dónde llegan por convenio mutuo los derechos de cada uno de los

contendientes". (Sentencia, 22 marzo 1949 LXV 634).

Otra cosa ocurre cuando la transacción implique, por ejemplo, la transferencia de un predio extraño al pleito, cuya propiedad no se disputa, pero que su dueño lo ensjena a favor de la otra parte para poder terminar el pleito por medio del arreglo. En esas circunstancias se requeriría la solemnidad reclamada por la transferencia en cuestión.

Por otro aspecto, aunque el demandante pide que se declare que la transacción es nula, de nulidad absoluta, bien se puede, como lo hizo el Juez, procediendo con la amplitud de criterio que exige la sana administración de justicia, en atención al espíritu que anima la norma del artículo 210 del Código Judicial y con respaldo en el aforismo de que quien puede lo más puede lo menos, declarar la nulidad, pero no como absoluta sino como relativa.

La segunda petición de la demanda, sobre invalidez de la actuación posterior al desistimiento, es procedente, porque como se trata de actos procesales que se produjeron como consecuencia de la transacción que se declara sin valor, tampoco valen.

La tercera y la cuarta de las peticiones, son inaceptables. Cómo se va a declarar en firme la sentencia de 21 de febrero de 1949, pronunciada por el Tribunal en el juicio reivindicatorio, y cómo se ordena la inscripción en el registro, todo como consecuencia de la nulidad de la transacción, si al tiempo de efectuarse ésta aquel fallo no estaba en firme sino recurrido en casación? No es posible aceptar la tesis del Tribunal de que el desistimiento del recurso de casación "resulta ineficaz para producir efectos jurídicos, pero no procedimentales", como si los efectos procedimentales no fueran jurídicos. Lo que hay es que anulada la transacción causa del desistimiento, éste, como efecto de aquélla, no puede producir a su vez efectos ni jurídicos ni procesales, si es que cabe tal distinción.

Para más razones, la Corte se remite a lo expuesto en la parte considerativa de la casación.

En tal virtud, como la declaración de la nulidad repone las cosas al estado en que se hallaban al tiempo de celebrarse el acto o contrato nulos, (en este caso la transacción y desistimiento consecuencial), y el estado del proceso era el de una sentencia de segunda instancia recurrida en casación, ese recurso debe adelantarse aunque se sufra la incomodidad de remover un archivo polvoriento, como dice el Tribunal. En muchas diligencias judiciales ha sido necesario a veces exhumar cadáveres de personas después de varios días o meses de enterrados, a sabiendas de que se hallan en plena putrefacción. Qué de extraño puede haber en exhumar un expediente que yace bajo el polvo de un archivo?

Pasando al examen de otra de las consecuencias de la nulidad: la devolución a los demandados, de la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) que según el texto del memorial de desistimiento reconocían a la demandante, es efecto de la prosperidad de la acción principal, sin necesidad de declararlo explícitamente en la parte resolutiva de la sentencia, pero siempre que se acredite que en realidad los demandados cubrieron esa suma y que la interdicta Julia Gómez Serna se hizo más rica con aquel pago, en los términos y sentido del artículo 1747 del Código Civil.

Excepciones

Por hallar la Corte acertadamente tratadas y decididas por el Juez todas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, transcribe y acoge la parte pertinente de la sentencia de primera instancia, que dice:

"Ilegitimidad de la personería sustantiva"

"Se funda en que Julia Gómez Serna no autorizó en el poder al Dr. Célimo Gómez para demandar la nulidad de la transacción, sino solamente para hacer efectivo el fallo de segunda instancia proferido en el juicio ordinario de Esther Gómez de Mejía, curadora interina de la poderdante, contra Alfonso Quintero y Concepción Valencia Chica de Quintero.

"Esto es cierto, pero también lo es que para hacer efectivo el fallo de segunda instancia, que quedó sin efecto en virtud de la transacción acordada entre las partes, se requiere como condición previa, la nulidad de esa transacción, puesto que sin esa anulación el fallo del H. Tribunal no podía hacerse efectivo.

"El apoderado o mandatario debe ceñirse a los términos del mandato, lo anota el apoderado de los demandados Dr. Heredia, de acuerdo con el artículo 2157 del Código Civil. Pero no debe perderse de vista que, conforme al artículo 2160 del mismo Código, 'La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el man-

dante ha querido que se lleve a cabo'.

"No está comprobada esta excepción.

"Transacción

"No puede alegarse como excepción porque, se ha visto ya, que esa transacción es nula por disposición expresa de un mandato legal. Poco importa para el caso que esa nulidad no sea absoluta sino relativa, pues una y otra dejan sin efecto el acto o contrato nulo.

"Cosa juzgada

"La aceptación de una providencia judicial por transacción o arreglo amigable entre las partes, no es suficiente para fundar en ella la excepción de cosa juzgada, cuando ese medio exceptivo se alega en el juicio en que se ha demandado precisamente la nulidad de esa transacción. Esto, porque el principal requisito de la cosa juzgada es la firmeza del fallo que la produce.

"Petición de modo indebido

"Como esta excepción la funda el excepcionante en los mismos hechos y en las mismas razones de orden legal que ha hecho valer como base de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, se reproducen aquí los motivos que se han dado al estudiar esa excepción.

"Ineptitud sustantiva de la demanda

"Esta excepción tiene lugar cuando la demanda adolece de un vicio interno o de fondo que hace fracasar la acción (auto del Tribunal de Bogotá citado por Ortega Torres).

"Cuál es ese vicio interno o de fondo de que adolece la demanda en este juicio?

"El excepcionante no precisa, al proponer esta excepción, ni en su alegato, ni el Juzgado encuentra en la demanda el vicio interno o de fondo que se alega.

"Prescripción adquisitiva de dominio

"Se alega que los demandados han adquirido el inmueble por prescripción ordinaria.

"Nada tiene que ver esto en un juicio en que se ha declarado la nulidad de una transacción acordada en un litigio distinto, y en que se han negado las demás súplicas de la demanda.

"Prescripción de la acción de nulidad

"Ya se ha visto en este fallo, al tratar de la nulidad de la transacción, que cuando se notificó la demanda a los demandados no había transcurrido el tiempo que la ley señala para la prescripción de esta clase de acciones.

"La inominada

"No existe en este juicio ningún otro hecho comprobado que configure una excepción perentoria distinta de las estudiadas".

Como ya se dijo, la Corte encuentra acertadas estas conclusiones y para adoptarlas le basta añadir, como refuerzo de los principales, lo siguiente:

En cuanto a la primera excepción, tocante a la deficiencia del mandato otorgado por Julia Gómez Serna al abogado Dr. Célimo Gómez, en el supuesto de que fuera real el defecto y que el apoderado se hubiera salido de los límites de su mandato, eso afectaría sus relaciones con el mandante, colocándose en la situación del artículo 2148 del Código Civil, pero no implicaría excepción perentoria contra la acción que se ha hecho valer en este juicio. Quien podría quejarse sería la poderdante Julia Gómez, pero no los demandados.

Con respecto a la prescripción adquisitiva del dominio, es en absoluto improcedente en este juicio, porque aquí no se está discutiendo la propiedad de ningún bien, sino la validez o nulidad de la transacción en otro litigio.

Y por lo que hace a la prescripción de la acción, obsérvese que tratándose de una nulidad relativa, el término para demandar su declaración es de cuatro años contados desde el día en que haya cesado la incapacidad, si se trata de ese caso (inciso 3º del artículo 1750 del Código Civil). En el asunto que aquí se ventila, la interdicta Julia Gómez Serna recobró su capacidad el 3 de abril de 1952 y la demanda fue intentada el 11 de mayo de 1953 y notificada a cada uno de los demandados, respectivamente, el 11 y el 26 de junio.

Decisión

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio

por el Tribunal Superior de Cali el 31 de agosto de 1954, revoca la de primera instancia dictada por el Juez Primero del Circuito el 6 de febrero anterior y en su lugar **resuelve:**

Primero.—**ES NULA de nulidad relativa,** la transacción en virtud de la cual los apoderados de las partes en el juicio ordinario reivindicatorio seguido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali por Esther Gómez de Mejía, curadora de la interdicta **Julia Gómez Serna,** contra **Alfonso Quintero M.,** y **Concepción Valencia Chica de Quintero,** aceptaron la sentencia de primera instancia dictada en ese juicio, previo desistimiento del apoderado de los demandados del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Segundo.—Es nula la subsiguiente actuación procesal llevada a cabo por el Juez 3º del Circuito de Cali a partir del auto de 17 de mayo de 1949 de obedézcase y cúmplase, proferido en el juicio ordinario a que se refiere la declaración anterior.

Tercero.—Se deniegan las demás peticiones de la demanda, y

Cuarto.—Se declaran infundadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

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

Luis Felipe Latorre U.— Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO

Para que sea procedente el recurso de casación contra sentencias aprobatorias de la partición en juicios sucesorios, es necesario que de esas sentencias haya conocido el Tribunal en segundo grado o instancia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Se resuelve sobre el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de Rosa María Pérez, ésta como representante de su menor hija natural María Delgado Pérez, contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó el recurso de casación que interpuso el mismo apoderado en escrito que presentó en el juicio de sucesión de Roberto Delgado A.

Para resolver, se considera:

Aparece de las copias que se han presentado ante la Corte, lo siguiente:

1) Que el Juez 6º en lo Civil del Circuito de Bogotá, declaró abierto y radicado en su despacho el juicio de sucesión de Roberto Delgado Aibarracín en el que reconoció como cónyuge sobreviviente a María del Carmen Piquero v. de Delgado —auto del 7 de febrero de 1950.

2) Que Elisa Delgado de Parra, Ramiro Delgado Gómez, Berta Delgado de García, María Delgado de González y Rebeca Delgado de Riezurte, fueron reconocidos como herederos de Roberto Delgado A., en su calidad de hermanos.

3) Que el 15 de octubre de 1953 el Juez aprobó el trabajo de partición, distribución y adjudicación de bienes, por providencia que se notificó a los únicos interesados presentes en el juicio el 19 del mismo mes.

4) Que el 21 de octubre de 1953 se declaró ejecutoriada la sentencia anterior —previo informe del secretario del Juzgado, en el sentido de que la sentencia relacionada en el punto anterior se encontraba legalmente notificada "y no se interpuso contra ella recurso alguno".

5) Que el abogado José María Córdoba, por memorial que no aparece fechado en las copias, presentado después de haber notificado la sentencia y cuando se encontraba en estado de pronunciarse la ejecutoria, objetó la partición y solicitó reposición de la sentencia aprobatoria de ella. Dijo actuar como apoderado de las menores María, Roberto y Yolanda Delgado Pérez, hijos naturales del causante, según afirmación del abogado Córdoba.

6) Que el Juez negó lo solicitado, en auto de fecha 21 de octubre de 1953, que dice:

"AUTO.—Juzgado Sexto Civil del Circuito—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres. — En estado de pronunciarse el auto de ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de Roberto Delgado, el doctor José María Córdoba, apoderado de Rosa M. Pérez, para representar a los menores Marina, Yolanda y Roberto Delgado Pérez, en memorial que precede manifiesta entre otras cosas: 'objetar la partición presentada, y si existe sentencia aprobatoria de ella, solicito reposición de ella, y en subsidio apelación'. El doctor Córdoba en uso del poder así decretado, no pudo obtener que dentro del presente juicio se tuviera como interesados a sus representados; ni logró que se suspendiera la demanda de partición de los bienes sucesorales de Roberto Delgado; comoquiera que en auto de diez y ocho de marzo del año en curso se revocó el auto de treinta y uno de enero último y ordenó el Tribunal dar curso a la demanda de partición hecha por el apoderado de la cónyuge supérstite.

"... ... ...

"Así las cosa, la cuestión suscitada por el doctor José María Córdoba, tanto en lo referente a la objeción a la partición, como en lo que atañe a los recursos interpuestos, es extraña a los extremos tratados en la sentencia aprobatoria de la partición, la cual no fue recurrida por ninguna de las partes que intervinieron en el juicio. Pues sería aberrante y contrario a los fines del derecho procesal civil que personas que no han acreditado su personería sustantiva en el juicio, pudieran atacar una sentencia de partición y prolongar indefinidamente el estado de indivisión o de la comunidad de los bienes sucesorales, ya que esta acción sólo tiene por objeto poner fin a la indivisión entre los herederos que han sido reconocidos como tales...

"No habiendo, pues, los menores Marina, Yolan-

da y Roberto Delgado Pérez, acreditado, dentro del presente juicio, su calidad de hijos naturales del causante Roberto Delgado, no encuentra este Juzgado de dónde puede surgir para ellos acción de partición que es de la que se trata en el caso del pleito; y menos para pedir, ya terminado el juicio, medidas precautelativas, con pretermisión de las normas de orden legal que rigen al respecto.

"Por lo expuesto, niégase lo solicitado en anterior memorial.

"Notifíquese. (fdos.) Luis Aníbal Cortés. — O. Molo B., Secretario".

7) Que ante el Tribunal Superior de Bogotá interpuso el abogado José María Córdoba recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

8) Que el Tribunal Superior de Bogotá negó el recurso de casación en auto de fecha 17 de septiembre de 1954, y el Tribunal se expresó así:

"El doctor José María Córdoba, quien en este proceso sobre la sucesión de Roberto Delgado Albarracín ha procurado que se reconozca personería a la señorita Marina Delgado, a quien patrocina, interpone por medio del memorial que antecede recurso de aprobatoria de la partición (sic) y dice que lo hace conforme al artículo 519 del C. C.

"Este precepto dice en parte enunciativa, que pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias pronunciadas por los Tribunales en segunda instancia, que luégo enumera; en el punto segundo de la enumeración que se refiere a las que aprueben particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas.

"Para que el recurso proceda, es pues, indispensable que la sentencia provenga de un Tribunal y haya sido dictada en segundo grado de conocimiento, y como en el caso presente este Tribunal no conoció de la sentencia aprobatoria de la partición, el recurso no es procedente.

"La razón anterior es motivo más que suficiente para la determinación que habrá de tomarse, pero de todos modos conviene observar que se ha presentado quizá con demasiada habilidad el argumento deducido de las fechas de la sentencia aprobatoria de la partición —18 de octubre de 1953— y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoció a Marina Delgado la calidad de hija natural del causante. Se formula esta observación, en primer lugar, porque ninguna importancia tendría el que la sentencia de la Corte que reconoció la filiación natural fuera anterior a la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio mortuorio, mientras la primera no se hubiera hecho valer en este juicio. En segundo lugar, la observación tiene por objeto hacer notar que la fecha de 18 de octubre de 1953 que el escrito que se considera señala como la de la sentencia de la Corte, no guarda armonía con el certificado presentado al juicio y que obra al folio 186 del cuaderno principal, donde se hace constar que el 18 de septiembre de 1953 el magistrado sustanciador doctor Gerardo Arias Mejía registró proyecto de sentencia en el juicio ordinario seguido por Rosa María Pérez y otros contra María del Carmen Figueroa vda. de Delgado y otra sobre filiación natural.

"Muy difícil sería entender cómo pudo haberse dictado una sentencia el 18 de enero de 1953, cuando apenas el 18 de enero de 1953, cuando apenas el 18 de septiembre de ese mismo año (sic) es decir, ocho meses después, se registró el proyecto respectivo.

"Por lo expuesto, el Tribunal NIEGA, por improcedente, el recurso de casación anunciado en el anterior memorial".

9) Que el Tribunal concedió el recurso de hecho interpuesto por el interesado.

Ya ante la Corte se presentó, por el mismo interesado, un largo escrito en el que pretende fundamentar el recurso de hecho pero que no conduce a desvirtuar las razones que tuvo el Tribunal para negar el recurso de casación. Se reduce a pedir que la Corte siente doctrina sobre un punto de derecho que el recurrente enuncia y que no tiene nada que ver en el asunto del recurso negado por el Tribunal y termina pidiendo lo siguiente:

"Ante lo brevemente expuesto, espero que esa alta corporación se sirva disponer: a) Conceder la *casación*; b) el reconocimiento de *heredera* a favor de mi mandante, ante la sentencia de la H. Corte que la declara hija natural del causante, que se adjunta; c) aceptar las *objeciones* a la partición, a fin de que a mi poderdante se le adjudique lo que le corresponde, para lo cual es necesario efectuar nueva partición; d) declarar la invalidez o *nulidad* de la partición hecha y del registro de las correspondientes hijuelas".

Si el recurrente hubiera tenido en cuenta lo que dispone el artículo 519 del C. J., y hubiera podido elegir otro camino más razonable para defender los intereses de su representada, pues, como está suficientemente demostrado, el Tribunal no conoció en segunda instancia de la sentencia aprobatoria de la partición y por lo tanto mal podía conceder el recurso de casación, el cual tiene lugar contra la sentencia que aprueba las particiones hechas en juicio de sucesión, pero siempre y cuando que de esas sentencias haya conocido el Tribunal en se-

gundo grado o instancia, pero si esto no ocurre, como no ocurrió en el presente caso, estuvo bien negado por improcedente, el recurso de casación.

Las peticiones de los apartes b), c) y d) que se transcriben atrás, son improcedentes, pues aún suponiendo que fuera viable el recurso de hecho, la Corte no podía entrar a resolver sobre tales peticiones por estar formuladas extemporáneamente, como resulta de la simple lectura del memorial que las contiene.

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, declara que estuvo bien denegado, por el Tribunal, el recurso de casación que ha sido materia del presente recurso de hecho.

Comuníquese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para los efectos del artículo 514 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL.

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LAS HIJUELAS DE ADJUDICACION DE UN JUICIO SUCESORIO COMO PRUEBA INCOMPLETA DE DOMINIO DEL ACTOR EN JUICIO REIVINDICATORIO. — DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION ORDINARIA DE DOMINIO Y LA ESPECIAL O PUBLICIANA DEL ARTICULO 951 DEL CODIGO CIVIL. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION

1.—El heredero para acreditar su dominio sobre un bien reivindicable debe acompañar a la hijuela de adjudicación, en el juicio sucesorio respectivo, el título de su causahabiente.

2.—Los dos preceptos sustantivos contenidos en los artículos 950 y 951 consagran el ejercicio de acciones cuya naturaleza no se puede confundir: la una, acción simple y ordinaria de dominio que es la que tiene el dueño de una cosa singular, individualizada para que el poseedor demandado se la restituya: la otra, que es la clásica acción publiciana del derecho romano, se otorga a quien, aunque no pruebe dominio, ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Estas acciones se diferencian no sólo por el contenido que debe informar las súplicas a la jurisdicción sino por los fundamentos de hecho que las configuran.

Sobre este tema es suficientemente explícita la sentencia de la Corte fechada el dos de diciembre de 1954, publicada en la Gaceta Judicial Tomo LXXIX (pág. 197); allí se trata del ejercicio de la acción de dominio que el fallador no encontró demostrado en el actor y ante esa situación le dió aplicación al art. 951 cuando la acción publiciana que él contiene no había sido agitada en el juicio. La Corte casó la sentencia por tal motivo.

3.—Para que prospere la acción publiciana (art. 951 C. C.), es indispensable que quien la intente demuestre que ha perdido la posesión regular de la cosa en vía de ser ganada por usucapión.

4.—Cuando en casación se acusa una sentencia por error de hecho, no basta citar las pruebas que han podido ser mal apreciadas en virtud del error, sino que es preciso señalar claramente en qué consiste ese error de hecho que debe manifestarse de manera evidente.

5.—El error de derecho que se configura en darle a la prueba un valor que legalmente no tiene o negarle el que le corresponde, para que prospere en casación es menester indicar qué disposiciones del procedimiento sobre el valor de la prueba han sido infringidas para que sea tomada en cuenta la violación indirecta de los preceptos sustantivos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Tomás Cruz Díaz C., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 28 de octubre de 1953.

Antecedentes

Don Tomás Cruz D., promovió juicio ordinario de reivindicación contra don Gerardo Reyes para que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que le pertenece la porción de potrero ubicada en jurisdicción del municipio de Palmira comprendida dentro de los linderos señalados en la demanda; b) Que el demandado debe restituirle tal inmueble dentro de los términos legales; c) Que debe pagarle todos los frutos durante el tiempo en que el inmueble estuvo en poder del demandado, lo mismo que los deterioros que hubiera sufrido y las costas del juicio.

Como fundamento de la acción se apuntaron los hechos siguientes:

a).—En virtud de sentencia de fecha 11 de agosto de 1930, proferida por el Tribunal de Cali dentro del juicio especial seguido por Gerardo Reyes contra José Tomás Díaz, el Juzgado del Circuito de Palmira en diligencia de 6 de noviem-

bre de 1930 hizo entrega material a Gerardo Reyes, de un lote de terreno, cultivado de pasto artificial, de superficie de nueve fanegadas, ubicado en el sitio de Abrojal, jurisdicción de Palmira;

b).—El lote que fue materia de esa diligencia de entrega no pudo individualizarse por encontrarse confundido o incorporado dentro de un potrero de mayor extensión superficiaria perteneciente a José Tomás Díaz; pero esta falta de determinación o individualización no detuvo la acción del Juzgado y la entrega se verificó.

c).—Prevalido de esa entrega Reyes procedió a cercar, a ocupar con ganados y a apropiarse un lote de terreno mucho mayor de las nueve fanegadas, pertenecientes a José Tomás Díaz, excedente que tiene una extensión superficiaria aproximada de siete fanegadas, delimitado al tenor de la demanda;

d).—Reyes está ocupando y usufructuando sin derecho alguno esa porción de terreno cultivado de pasto artificial desde el 6 de noviembre de 1930;

e).—José Tomás Díaz murió y dejó como su único heredero universal a su hijo Tomás Cruz Díaz D.; el sucesorio respectivo terminó con la adjudicación de todos los bienes del causante a favor del nombrado heredero.

f).—Entre los bienes adjudicados a Tomás Cruz Díaz D., se incluyó la porción de terreno objeto de la reivindicación.

El demandado al contestar el libelo se opuso a las pretensiones del actor y formuló varias excepciones entre ellas la de prescripción adquisitiva del dominio, tanto ordinaria como extraordinaria.

El Juzgado a quo definió el negocio absolviendo al demandado y declarando probada en su favor la excepción de prescripción adquisitiva del dominio. Apelado el fallo, el Tribunal de Cali lo revocó en cuanto se refiere a la prescripción por no encontrarla demostrada.

Es principalísimo fundamento de la sentencia recurrida el que el fallador no halló probado el dominio del actor sobre el lote objeto de la reivindicación ya que sólo se trajo al juicio para comprobarlo, la copia debidamente registrada de la hijuela de adjudicación hecha a favor de Tomás Cruz Díaz en el sucesorio de su padre, José Tomás Díaz V., protocolizado por medio de la escritura Nº 342 de 9 de octubre de 1934 en la Notaría Primera de Palmira. El Tribunal, entre otros conceptos, expone el siguiente: "Por consiguiente, siendo Reyes poseedor, opera en su favor la presunción de dominio consagrada en el art. 762 del C. C., y para destruir esa presunción que lo ampara, es necesario que el reclamante acredite su dominio mediante la exhibición de un título a su favor. El actor ha presentado con este fin la hijuela de adjudicación formada en el juicio de sucesión de su padre José Tomás Díaz, pero este documento según continuas doctrinas de la Corte Suprema de Justicia que abarcan un período de 1906 a 1941, no es suficiente para demostrarlo... Significa esto que: el requisito consistente en la demostración del derecho de dominio en el actor no ha sido comprobada y por ende, aunque demostrados los otros tres, la acción no puede prosperar porque ella se basa sobre los cuatro enunciados (Cosa singular reivindicable, derecho de dominio en el demandante, posesión material en el demandado e identificación correspondiente) como en un todo armónico e indivisible donde la falta de uno implica el fracaso de la acción...".

Demanda de casación

El recurrente luego de hacer una síntesis de los antecedentes del juicio y de formular la crítica al fallo del Tribunal por las razones expuestas en los cargos, formula éstos en los siguientes capítulos:

"Violación de la ley sustantiva por infracción directa; al negar la acción reivindicatoria al heredero Tomás Cruz Díaz G., por no haber éste exhibido además de su hijuela de adjudicación debidamente registrada, el título inscrito que acreditara el dominio de su causante sobre los bienes materia de la demanda, el Tribunal violó, por infracción directa, el art. 1325 del C. C., que dispone que 'el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos' y violó también el art. 673 ibidem. Y al negar la acción reivindicatoria a Tomás Cruz Díaz, a pesar de haber éste acreditado ampliamente haber perdido la posesión regular del potrero materia del pleito, respecto del cual se hallaba en el caso de poderlo ganar por prescripción, el Tribunal violó, por infracción directa, por omisión, por no haberle aplicado al caso del pleito, el art. 951 del C. C., que dice: 'Se concede la misma acción (se refiere la ley a la acción reivindicatoria) aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso

de podería ganar por prescripción. Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posee con igual o mejor derecho".

La Corte considera:

La razón expuesta por el recurrente para estimar como infringido directamente el art. 1.325 del C. C., consiste, como se ha anotado, en la misma fundamentación tenida en cuenta por el fallador para llegar a la conclusión de que el actor no había acreditado su dominio sobre el bien materia de la acción. La Corte comparte integralmente la tesis del Tribunal; y últimamente la ha vuelto a sostener cuando en casación del primero de junio próximo pasado ha dicho. "...En el caso de estudio, el actor para demostrar su calidad de dueño sobre el bien reivindicable presentó como título de dominio la hijuela de adjudicación que obtuvo en el sucesorio de Ricardo Escobar Lince, título que por sí solo no podía justificar su calidad de dueño. Con efecto, si los 'actos legales de partición', son simplemente traslaticios de dominio, al patrimonio del heredero no ingresan, por virtud de la adjudicación, sino aquellos bienes de los cuales era propietario su causante; y cuando se trate de incoar la acción reivindicatoria es indispensable que el actor acompañe, además, el título de su causahabiente. De lo contrario, fácil sería, como lo dice un ilustre expositor, crear títulos artificiales incluyendo caprichosamente en el inventario sucesoral bienes que luego han de ser objeto de las adjudicaciones". Al heredero no se le niega el derecho consagrado en el art. 1.325 del C. C.: se le exige sí que a la hijuela de adjudicación acompañe el título de su causante.

Se invoca como violado el art. 673 del C. C., que señala los "modos de adquirir el dominio", pero el recurrente no indica en qué manera el fallo acusado quebranta ese precepto; no se niega que "la sucesión por causa de muerte", sea un modo para adquirir el dominio pero cuando se ejercite la acción que tienda a defenderlo contra el poseedor debe cumplirse la exigencia de que se ha tratado.

Especial referencia merece este capítulo de la acusación en cuanto ataca la sentencia por "infracción directa, por omisión, por no haber aplicado al caso del pleito el art. 951 del C. C.". Sobre este tópico el recurrente insiste en los demás capítulos de la acusación. Las razones que se exponen en seguida contestan, pues, las demás alegaciones formuladas para sostener la violación del aludido precepto.

Del texto de la demanda, tanto en su parte petitoria como en los hechos que la sustentan, se deduce sin vacilaciones que el actor promovió la acción reivindicatoria o de dominio consagrada por el art. 950 del C. C. Se impetran allí dos súplicas principales: Una declaración de dominio a favor de Tomás Cruz Díaz D., del lote individualizado en la demanda; y una condena a cargo de Gerardo Reyes para que en su carácter de poseedor sea obligado a restituir a su dueño, el demandante, el mismo bien trabado en la litis. Los hechos en que la acción se sustenta concuerdan con esas súplicas: "El potrero individualizado en los dos hechos anteriores, pertenecía al señor José Tomás Díaz: el juicio de sucesión de este señor terminó con la adjudicación de todos los bienes del causante a favor del heredero único, señor Tomás Cruz Díaz D.; entre los bienes adjudicados a éste se incluyó la porción de potrero a que se refiere la demanda", son declaraciones precisas del libelo. En estos antecedentes se encuentra expresamente configurada la causa petendi que el fallador no puede modificar sin que altere las bases mismas en que se mueve el proceso judicial.

Expuesta esta situación, no se alcanza a ver cómo el recurrente en casación pretenda modificar la relación jurídico procesal para hacerla desviar sobre un aspecto esencialmente distinto como es el que pretende al atacar la sentencia por violación del art. 951 del C. C. Con efecto: Los dos preceptos sustantivos contenidos en los arts. 950 y 951 consagran el ejercicio de acciones cuya naturaleza no se puede confundir: la una, acción simple y ordinaria de dominio que es la que tiene el dueño de una cosa singular, individualizada para que el poseedor demandado se la restituya; la otra, que es la clásica acción publiciana del derecho romano, se otorga a quien, aunque no pruebe el dominio, ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Estas acciones se diferencian no sólo por el contenido que debe informar las súplicas a la jurisdicción sino por los fundamentos de hecho que las configuran.

Sobre este tema es suficientemente explícita la sentencia de la Corte fechada el dos de diciembre próximo pasado y publicada en el Tomo LXXIX de la Gaceta Judicial; allí se trata del ejercicio de la acción de dominio que el fallador no encontró demostrado en el actor y ante esa situación le dió aplicación al art. 951 cuando la acción publiciana que él contiene no había sido agi-

tada en el juicio. Por tal motivo la Corte hubo de casar la sentencia.

Se reproducen las partes pertinentes de dicho fallo:

"Procede la casación de una sentencia con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J., por inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, cuando el sentenciador ha deducido una acción distinta de la ejercitada en el libelo, variando los términos de la demanda. Uno de los efectos de la relación jurídico procesal es la facultad que la ley otorga al reo para impedir que se altere la acción deducida en el juicio. El juzgador no puede modificar la **causa petendi** invocada en la demanda, o sea, el hecho jurídico generador de la acción ejercitada. Si alterando los términos de la relación jurídico procesal, el sentenciador deduce una acción distinta de la incoada o altera la causa **petendi**, falla **extra petita** y se incurre por ende en incongruencia entre lo pedido y lo fallado. Procede en este caso la casación de la sentencia por un exceso de poder, que constituye un error in **procedendo**, el cual atenta contra el principio fundamental de las garantías en el juzgamiento, porque aquello equivale a condenar al reo sin haberlo oído en esa acción, distinta de la trabada en la **litis contestatio**. Por eso, nuestra ley dice que 'las sentencias deben ser claras, precisas y en **consonancia con las demandas** oportunamente deducidas por las partes'. (C. J., artículo 471).

"La **causa petendi** debe buscarse en la demanda, relacionando la parte petitoria con los hechos invocados como fundamento de la acción. Un yerro en la denominación de la acción, o en la cita de las disposiciones normativas que amparan el derecho del demandante, o en la calificación jurídica de los hechos enumerados en la demanda, no es óbice para que el fallador deduzca la acción pertinente y falle de acuerdo con el derecho. En estos casos no puede hablarse propiamente de una modificación de la **causa petendi**. Lo que el juez no puede es variar los hechos constitutivos de la acción presentados en la demanda.

"Es evidente que en el caso **sub judice** el actor dedujo la acción reivindicatoria que consagra la ley en favor del verdadero dueño de la cosa (C. C., artículos 946 y 950). Así aparece claramente en la parte petitoria del libelo, pues no sólo se pide la restitución del inmueble, sino que se demanda la declaración de dominio a favor del actor. Y en los hechos invocados como fundamento de la acción, se afirma reiteradamente la condición de dueño en el demandante.

"El Tribunal, estimando con razón que los títulos presentados por el actor no acreditaban propiedad sobre el inmueble, negó la acción de dominio, pero dedujo la acción publiciana consagrada en el artículo 951 del C. C., que es una reivindicación especial concedida al poseedor regular que ha sido privado de la posesión y que estaba en vía de usucapir.

"Aunquando ambas acciones persiguen el mismo objeto, la una exige en el actor la calidad de dueño, mientras que la otra sólo requiere su condición de **poseedor regular**. Hay, pues, en cuanto a la **legitimatio ad causam activa** —presupuesto de la acción—, fundamental diferencia entre las dos. Y por ende la **causa petendi** es distinta según se ejercite una u otra.

"Así, pues, la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa singular a quien se ha privado de la posesión material.

"Se concede la misma acción —dice el artículo 951 del C. C.— aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla **ganar por prescripción**'.

"En realidad, la acción que otorga el art. 894 (corresponde al 951 de nuestro Código) al que ha perdido la posesión regular de la cosa que se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, es una acción reivindicatoria de posesión, pues mediante ella sólo se ampara la situación de hecho anterior y no un derecho **in rem** que aún no se ha podido adquirir, porque el demandante no era dueño, sino que se encontraba en situación de llegar a serlo por medio de la prescripción adquisitiva si se completaba por él el tiempo de posesión necesario para la realización de este modo de adquirir el dominio". (Luis Claro Solar, 'Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado', T. 9º Nº 1743, páginas 404 y 405).

"Precisadas las diferencias de las dos acciones, conviene advertir que ellas no pueden ejercitarse conjuntamente sino en forma subsidiaria o condicional, pues no se concibe que el actor afirme al mismo tiempo su carácter de dueño del inmueble reivindicado, y su condición de poseedor regular en vía de ganarlo por usucapión.

"En el caso examinado el actor sólo promovió la acción reivindicatoria general, bajo el supuesto de que sus títulos acreditaban dominio sobre el inmueble reivindicado. La acción publiciana no fue incoada en forma principal o subsidiaria.

"Por todo lo anterior se concluye que el sentenciador falló **extra petita** al acoger la acción del artículo 951 del C. C., que no había sido pedida por el actor y se hallaba fuera de la **litis contestatio**. Se alteró por el juzgador la **causa petendi** y se cambió la acción deducida entre los litigantes. Por lo cual debe prosperar la causal segunda invocada y casarse el fallo recurrido para pronunciar en su reemplazo sentencia absolutoria respecto de la demanda reivindicatoria, ya que por este aspecto son válidas las razones del Tribunal para negarla".

El segundo capítulo de la acusación lo intitula el recurrente "Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida o por interpretación errónea". Este ataque lo hace consistir en que el Tribunal violó por indebida aplicación el art. 950 del C. C," por cuanto negó la acción reivindicatoria a Tomás Cruz Díaz con apoyo en la afirmación de que éste demandaba como heredero y no había demostrado mediante el respectivo título inscrito constitutivo de dominio que su autor fuera dueño de los bienes objeto de la demanda, sin reparar el Tribunal en que la acción propuesta no era solamente la declaración de dominio, sino la de restitución de bienes de la posesión regular de los cuales había sido privado el demandante, hallándose éste en el caso de poderlos ganar por prescripción. En lugar de aplicar el Tribunal la disposición del art. 951 del C. C., aplicó la disposición del art. 950 de la misma obra y al hacerlo violó esta última disposición por indebida aplicación al caso del pleito".

En el Capítulo intitulado "Violación de la ley proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, por error de derecho o por errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos y en los cuales errores incurre el Tribunal sentenciador", señala como violados los arts. 673, 765, 946, 950, 951 y 1.325 del C. C.

Fundamenta el cargo el recurrente declarando que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que enumera, diligencia de entrega de 6 de noviembre de 1930, inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio, declaraciones de testigos y "que todas esas pruebas demuestran en forma muy amplia y completa, la posesión regular del demandante sobre los bienes objeto del pleito; y que todas esas pruebas fueron pasadas por alto o desestimadas por el Tribunal, por un notorio y evidente error que, al propio tiempo, es un error de derecho y un error de hecho. Y tal error en la apreciación de las pruebas precitadas llevó al Tribunal a no tener en cuenta que el demandante se encontraba en el caso del que ha perdido la posesión regular de una cosa y se hallaba en vía de poderla ganar por prescripción, y que, por lo mismo, dicho demandante tenía perfecto derecho para establecer la acción reivindicatoria".

Lo expuesto anteriormente relevaría a la Corte de referirse a los cargos anteriores como que ellos conducen al mismo ataque de violación del art. 951 del C. C. No obstante se les hacen las siguientes anotaciones adicionales.

Cuando en casación se acusa una sentencia por error de hecho, no basta citar las pruebas que han podido ser mal apreciadas en virtud del error, sino que es preciso señalar claramente en qué consiste ese error de hecho que debe manifestarse de manera evidente. Por cuanto dice relación al error de derecho que se configura en darle a la prueba un valor que legalmente no tiene o negarle el que le corresponde, es menester indicar qué disposiciones del procedimiento sobre el valor de la prueba han sido infringidas para que sea tomada en cuenta la violación indirecta de los preceptos sustantivos. Ello no aparece en los ataques cuyas partes esenciales han sido transcritas.

Volviendo sobre el art. 951 del C. C., se ofrece otro aspecto que lo haría inaplicable al caso de autos. Para que prospere la acción publiciana es indispensable que quien la intenta demuestre que ha perdido la posesión regular de la cosa en vía de ser ganada por usucapión; el actor sostiene que su causante se encontraba en esa situación, pero es lo cierto que no ha demostrado que don José Tomás Díaz tenía la posesión regular del bien objeto de la reivindicación porque no ha presentado ningún título del cual haya procedido la posesión que alega el actor, ya que esa posesión para que sea regular debe reunir las exigencias del art. 764 del C. C. Se trataría, pues, en gracia de discusión, de una posesión irregular insuficiente para la viabilidad de la acción publiciana. La hijuela de adjudicación a favor del demandante no sirve de título para configurar la posesión regular del causante.

En gracia 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 objeto del recurso.

No se causaron costas.

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

Ignacio Gómez Posse. — **Agustín Gómez Prada.** — **Luis Felipe Latorre.** — **Alberto Zuleta Angel.** — **Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

ACCION POR PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE UN MUNICIPIO POR HECHOS DE SUS AGENTES

1.—Para que prospere la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, se requiere no solo que se haya omitido la decisión en el fallo sobre las excepciones perentorias, sino que es indispensable que esa omisión tenga como consecuencia el que haya dejado de fallarse sobre alguna de las cuestiones que han sido motivo de la controversia judicial.

2.—LA EXCEPCION, estrictamente, consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por éste, y que por lo tanto, destruye la acción. No basta negar simplemente el derecho que afirma el actor; es preciso contraponer y demostrar el hecho impeditivo o extintivo.

Y para que la acción pueda ser tenida en cuenta, es apenas lógico que no baste enunciarla en la contestación de la demanda, sino que es preciso alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor.

3.—La llamada carencia de acción no es una excepción.

4.—La prueba pericial sirve como orientación para el juzgador, quien tiene la más amplia libertad en cuanto a la apreciación de esa prueba, pues ella nunca es fatalmente obligatoria para el juez, porque esto equivaldría a que los peritos administraran justicia, cosa absolutamente inaceptable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

En demanda presentada ante el juez primero del circuito de Medellín, Carlos A. Ruiz González solicitó "que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, y con audiencia y citación del personero municipal de Medellín, doctor Jesús María Barrientos... se provean las siguientes declaraciones:

"1a—Que el municipio de Medellín me debe pagar la cantidad de once mil pesos ($ 11.000.00) moneda legal colombiana, valor de la casa de mi propiedad que se destruyó por su culpa, por concepto de daño emergente, casa que quedó identificada en el hecho 1° de esta demanda;

"2a—Que la misma entidad me debe el lucro cesante o sea los frutos que me produría el mencionado inmueble, desde el 5 de diciembre de 1950, a razón de ochenta pesos ($ 80.00) mensuales hasta que se verifique el pago.

"Subsidiariamente:

"a) Que el municipio es responsable civilmente de la destrucción de mi casa, identificada en esta demanda, y me debe indemnizar los perjuicios de todo orden que se me causaron, perjuicios que serán determinados en la sentencia en forma concreta y subsidiariamente en forma abstracta si no fueren demostrados en el juicio; y

"b) Que dichos perjuicios comprenderán el lucro cesante, el daño emergente y los perjuicios morales que se me causaron".

El representante del municipio de Medellín contestó la demanda y dijo:

"...Me opongo a todas y cada una de las declaraciones solicitadas en la demanda.

"Alego las siguientes excepciones perentorias:

"Inexistencia de la obligación consistente en que el municipio de Medellín nada debe a la parte actora, pues nada tuvo que ver con los daños que reclama.

"Inepta demanda: consistente en que la acción fue dirigida contra persona distinta de la obligada a responder; y la genérica del artículo 329 del C. J."

El juez del conocimiento en la primera instancia falló el negocio por sentencia de fecha veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, y resolvió:

"1°—El municipio de Medellín es responsable civilmente de la destrucción de la casa de propiedad del señor Carlos A. Ruiz, quien es mayor de edad y vecino de este municipio, la cual casa quedó suficientemente identificada por su situación y linderos en la parte motiva de esta providencia;

"2º—Como consecuencia, el municipio de Medellín está en la obligación de indemnizar al señor Carlos A. Ruiz los perjuicios que se le causaron, esto es, el daño emergente y el lucro cesante;

"3º—Condénase al municipio de Medellín a pagar al señor Carlos A. Ruiz, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de nueve mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 9.666.66) moneda legal colombiana, valor de la propiedad del señor Ruiz, la cual se destruyó por culpa del municipio. Lo anterior por concepto de daño emergente;

"4º—Asimismo condénase al municipio de Medellín a pagar al señor Carlos A. Ruiz la cantidad de setenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 76.66) mensuales desde el día tres de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950) hasta que se verifique el pago y por concepto de lucro cesante.

"Se condena en costas a la parte demandante".

De la anterior sentencia apeló el señor personero municipal de Medellín, y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, decidió, por sentencia de fecha veinte de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, lo siguiente:

"En razón de lo expuesto, el Tribunal--- CONFIRMA los ordinales 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia materia del recurso, y modifica en los siguientes términos los ordinales 3º y 4º:

"El municipio de Medellín debe al demandante señor Carlos A. Ruiz González el valor de los perjuicios ocasionados por el accidente de que dá cuenta este fallo, los que se regularán por los trámites del artículo 553 del C. J., tomando como base los elementos de prueba correspondientes que militan en este proceso. Dicha suma no excederá en ningún caso de la que señaló el juzgado de primera instancia. Se revoca el fallo del A quo, en lo que se refiere a costas. Sin costas en el recurso (artículo 576 del C. J.)".

La parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia anterior, y la Corte procede a resolverlo, pues se han cumplido los trámites propios del recurso.

La parte recurrente formula así la demanda de casación:

"CAUSALES DE CASACION

I

"Alego la causal 2ª de casación que trae el artículo 520 del Código Judicial, o sea la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, alegación que funde en los siguientes motivos:

"El señor personero municipal en la contestación de la demanda y en representación del municipio demandado, propuso expresamente excepciones perentorias.

"En efecto, el referido escrito de contestación concluye así:

'Alego las siguientes excepciones perentorias:

'Inexistencia de la obligación consistente en que el municipio de Medellín nada debe a la parte actora, pues nada tuvo qué ver con los daños que reclama.

'Inepta demanda: que consiste en que la acción fue dirigida contra persona distinta de la obligada a responder; y la genérica del artículo 329 del C. J.'".

Y razona así el recurrente, para sostener este primer cargo contra la sentencia:

"Pues bien: el fallo de primera instancia, que es condenatorio de la parte demandada, no contiene declaración alguna acerca de las excepciones propuestas según la transcripción que precede. De su lado el Tribunal Superior, que reformó en parte la sentencia recurrida, con condenación, en todo caso a cargo del municipio, salvo en lo tocante a costas, igualmente hubo de omitir la decisión concerniente a las excepciones perentorias propuestas.

"Sabido es, además, que acerca de las excepciones perentorias, y en tal calidad propuestas, debe decidirse necesariamente en la sentencia definitiva, necesidad de decisión que es, por todo concepto manifiesta, cuando se trata de sentencia condenatoria. La negativa de tales excepciones debe aparecer expresada *in terminis*, en la parte resolutiva del fallo respectivo.

"Se trata, pues, en mi concepto, de un punto incontrovertible que conduce a admitir la existencia de la causal de casación alegada, y ya que la falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (en este caso por la parte demandada) es ostensible".

Se considera:

Es cierto que el artículo 520 del Código Judicial dice que procede el recurso de casación, entre otras causales, por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" y la jurisprudencia tiene aceptado que esta causal procede cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o cuando no se resuelve sobre la materia del pleito, lo mismo que si la sentencia condena a más de lo pedido, o, finalmente, si el sentenciador deja de resolver sobre al-

guna de las excepciones perentorias propuestas oportunamente, cuando sea el caso de hacerlo.

Pero naturalmente, para que prospere la causal segúnda del artículo 520 del Código Judicial, se requiere no sólo que se haya omitido la decisión en el fallo sobre las excepciones perentorias, sino que es indispensable que esa omisión tenga como consecuencia el que haya dejado de fallarse sobre alguna de las cuestiones que han sido motivo de la controversia judicial.

La excepción es un medio de defensa que tiene el demandado y que consiste en el contraderecho que le asiste para impugnar y anular el derecho que alega el demandante. La Corte ha dicho:

"La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa más no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consiste en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero y por lo mismo de la acción. La excepción es pues siempre autónoma de la acción. Con este alcance la define el artículo 329 del Código Judicial, diciendo que excepción perentoria es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. De consiguiente la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción. (GACETA JUDICIAL, tomo LIX, pág. 406)".

La excepción, estrictamente, consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por éste, y que por lo tanto, destruye la acción. No basta negar simplemente el derecho que afirma el actor; es preciso contraponer y demostrar el hecho impeditivo o extintivo.

Y para que la excepción pueda ser tenida en cuenta, es apenas lógico que no baste enunciarla en la contestación de la demanda, sino que es preciso alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor. Aquí se aplica el principio bien conocido de que "reus in excipiendo fit actor".

Aplicando estas nociones al caso en estudio se encuentra:

El representante del municipio al contestar la demanda, se limitó a proponer las excepciones que enunció como "Inexistencia de la obligación, porque el municipio nada debe a la parte demandante, pues nada tuvo que ver con los daños que reclama"; "inepta demanda, porque la acción se dirige contra persona distinta a la obligada a responder"; y, la genérica del artículo 329 del Código Judicial.

Pero fuera de esta enumeración, no se encuentra en el expediente absolutamente nada que haya sido alegado por la parte que excepciona; no demuestra ningún hecho impeditivo o extintivo de la acción incoada por Carlos A. Ruiz y que hubiera impuesto al Tribunal la necesidad de estudiar las excepciones.

En el fondo lo que el demandado pretende es desconocer el derecho que tenga el actor para demandar, es decir, estas excepciones equivalen a contestar negativamente la demanda, como lo hizo el demandado. Atacan ellas el fondo mismo de la cuestión debatida y no pueden considerarse como autónomas de la acción. No constituyen la manifestación del apoderado o representante legal del municipio, verdaderas excepciones perentorias, especialmente en cuanto a la inexistencia de la acción, porque ésta no es una excepción, según lo tiene dicho la Corte, en los términos siguientes:

"La llamada carencia de acción, no es excepción, porque ésta presupone la acción que ella enerva o destruye; y la denominada 'inexistencia de la obligación', tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor sino un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos. Las dos cuestiones que de esta manera se propusieron con la equivocada denominación de excepciones se refieren al reconocimiento del derecho sustantivo que constituye el motivo de la controversia y la materia de la sentencia que la desató". (GACETA JUDICIAL, número 2016, pág. 109).

Está de presente, pues, que lo que el demandado se propuso con la enunciación de las excepciones no fue cosa distinta de la de desconocer todo derecho al demandante, es decir, rebatir el fondo mismo de la cuestión planteada en la demanda. Pues bien: el Tribunal en la sentencia recurrida, dijo en síntesis: el municipio de Medellín sí es responsable, pues sus agentes fueron los autores que causaron el perjuicio cuya indemnización pide el demandante, y por eso falló en favor del actor. Es decir, la sentencia, en su parte resolutiva, desechó implícitamente las excepciones propuestas, y no se ve la razón para que hubiera tenido necesidad de

dictar en un mismo fallo dos resoluciones en idéntico sentido; primero, desechando las llamadas excepciones del demandado, y segundo, aceptando las peticiones del actor, porque esto quedó resuelto en los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia que el Tribunal confirmó.

Por tanto, no se advierte ninguna incongruencia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente aducidas por las partes, porque al fallar sobre el fondo del asunto quedaron resueltas las excepciones propuestas.

En cuanto a la excepción propuesta en último término, o sea "la genérica" del artículo 329 del Código Judicial, el demandado no indicó ni alegó hecho alguno que diera cabida a tal excepción. La definición que contiene este artículo del Código es apenas una advertencia que hace el legislador al juez, para que si encuentra algún hecho que encaje dentro de esa norma legal, lo resuelva así en la sentencia; pero no obliga al fallador a decir, en todos los casos, que no hay lugar a declarar la excepción perentoria allí contemplada. Si el juez no encuentra el hecho justificativo de la excepción, le basta guardar silencio; sólo en el caso de hallarlo debidamente probado, debe pronunciarse sobre él.

Por esto no prospera el cargo formulado por el recurrente.

En la segunda parte de la demanda de casación, dice el recurrente:

"De manera subsidiaria, y para el efecto, inadmisible desde luego en mi sentir, de que no fuera acogida la causal 2ª de casación, y que presento, por consiguiente sólo por vía de hipótesis, me permito formular la causal 1ª de casación, por los siguientes motivos: infracción de los artículos 705, 722 y 723 del Código Judicial, 2341 y 2347 del Código Civil, como consecuencia de error de derecho en la estimación de las pruebas del juicio".

Y termina la demanda así:

"Por lo demás, y en el supuesto, que presento también a su vez en subsidio, de que llegue a estimarse que existe propiamente error de hecho, y no de derecho, por parte del Tribunal en relación con el punto de que se viene hablando, con la consiguiente violación, agrego, de las normas legales citadas; y por considerarse, desde luego, que el Tribunal llegó a creer los peritazgos mencionados como uniformes dentro de su fundamentación misma, la falta de uniformidad en el sentido indicado relacionada principalmente con su fundamentación en puntos esenciales, es manifiesta y según lo que de quedar ya consignado en el presente escrito sobre estudio comparativo del contenido de tales peritazgos".

El cargo, pues, se refiere a que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho en la estimación de la prueba pericial que tuvo en cuenta para fallar, además de las otras pruebas que aparecen del proceso.

Dice el recurrente que los dictámenes de los peritos señores Arango y Wills Isaza, que fueron tenidos por el Tribunal como pruebas del daño causado al actor por hechos cumplidos por dependientes del municipio de Medellín, no reúnen las condiciones que deben tener según lo ordenado por el art. 722 del Código Judicial que el recurrente cita, y como consecuencia vino la violación de las disposiciones del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito.

Se considera:

El actor afirma que el municipio de Medellín, por medio de sus empleados acometió la ejecución de varias obras para la construcción de alcantarillados y para encauzar las aguas de la quebrada "La Cangreja" y que con motivo de esas obras, llevadas a cabo sin el necesario cuidado y antes bien con notorio descuido, la casa de propiedad del actor se derrumbó por completo, quedando apenas una pequeña porción del terreno en donde estaba edificada dicha casa.

En apoyo a sus afirmaciones adujo varias pruebas, consistentes en declaraciones de testigos y en el concepto de expertos, que es la prueba más adecuada en casos como el presente, toda vez que es preciso determinar por quienes poseen conocimientos técnicos suficientes, si realmente los daños causados obedecieron a las obras hechas por el municipio demandado sin el cuidado y la diligencia que requieren los trabajos de esta naturaleza.

La prueba pericial sirve como orientación para el juzgador, quien tiene la más amplia libertad en cuanto a la apreciación de esa prueba, pues ella nunca es fatalmente obligatoria para el juez, porque esto equivaldría a que los peritos administraran justicia, cosa absolutamente inaceptable. El juez goza de amplios poderes discrecionales para apreciar si el concepto de los peritos, aún siendo uniforme, está debidamente fundamentado y merece ser acogido sin reservas para formar su propio juicio, considerando, además, todas las demás pruebas presentadas.

En sentencia que aparece publicada en la GACETA JUDICIAL, número 2146, página 592, dijo la Corte, en caso prácticamente igual al que es materia del presente recurso, lo siguiente:

"Cierto es que la materia sujeta al dictamen no es de aquellas que permiten llegar a conclusiones indubitables de acuerdo con las normas científicas

concernientes a la profesión de los peritos, con base en hechos perceptibles por los simples sentidos externos, sino que por la naturaleza misma de las cosas el caso *sub-judice* queda situado en el campo de los juicios, presunciones, inferencias y deducciones conducentes a los poderes discrecionales con que está dotado el sentenciador de instancia para formar su propia convicción mediante la sana crítica de los elementos auxiliares de su juicio, según se desprende de los términos de la peritación, la calidad misma de los expertos y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen. O sea que la hipótesis esté prevista por el artículo 723 del Código Judicial, cuyos términos someten el valor de la prueba por peritos en tales eventos a la persuasión racional del juzgador, dentro de arbitrios, tales que el ataque en casación, por lo común no tiene cabida".

Dice la sentencia del Tribunal;

"En este caso *sub-judice*, y conforme a todas las probanzas de los autos, el Tribunal arriba a la conclusión de que el deslizamiento de la tierra que produjo el derrumbamiento de la casa del demandante Ruiz, tuvo como causa inmediata y directa el adelantamiento de las varias obras que llevó a cabo el municipio en la zona afectada, sin tomar las debidas precauciones para impedir que el movimiento de tierra y la acción de las aguas (tanto las que represadas se desbordaron de "La Cangreja", como de las pluviales que por simple ley de gravedad buscaron el mismo cauce de éste), causaron el aflojamiento de la tierra en ese sector, produciendo la deleznabilidad del suelo y la consiguiente caída de la edificación que en él se sustentaba. Sobre esto los señores peritos que intervinieron en este proceso, señores Arango y Wills, han sido lo suficientemente claros".

No aparece que el Tribunal hubiera incurrido en manifiesta equivocación en el estudio y apreciación de las pruebas aducidas en el juicio, pues el análisis que de ellas hace es cuidadoso y detenido; le dá a las presentadas el valor que les asigna la ley y concluye aplicando al caso sujeto a su decisión, las disposiciones legales sustantivas pertinentes.

No existiendo pues el evidente error en que hubiera incurrido el Tribunal en lo que atañe a la valoración de las pruebas, el juicio del sentenciador no puede ser infirmado en Casación, por estar protegido por el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia.

Y si el Tribunal no incurrió en error en la apreciación y valoración de las pruebas, aplicó debidamente los preceptos legales, toda vez que dio por demostrado que el municipio de Medellín, por negligencia y descuido de sus empleados y obreros, es responsable del daño cuya indemnización pide el actor.

En un caso del todo semejante al que aquí se estudia, dijo la Corte en sentencia de fecha 1º de diciembre de 1954, que puede verse en el tomo LXXIX, pág. 183 de la GACETA JUDICIAL:

"Todo ser susceptible de imputabilidad se encuentra invariable y permanentemente bajo el imperio de la norma que le prohibe dañar a otro: '*alterum non laedere*'. Si la infringe, queda colocado en la necesidad de restablecer el equilibrio jurídico mediante la indemnización del perjuicio. Para estar exento de responsabilidad, debe, pues, atemperar su conducta a líneas que permitan el normal desarrollo de la convivencia humana y el bienestar general, sin menoscabo de los legítimos intereses privados. El adelantamiento de trabajos públicos, aunque se supone siempre inspirado en motivos de orden superior y de general provecho, exige sin embargo la reunión de todos los elementos razonables aconsejados por la técnica, la ciencia y la experiencia para precaver los daños a fin de que los perjuicios sobrevinientes se reduzcan al mínimo y puedan entenderse imprevisibles o inevitables, siempre dentro del marco de la prohibición de dañar a otro, por más que haya de atemperarse a las necesidades del progreso social".

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos formulados por el recurrente en el aparte II de la demanda de casación, deben rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veinte de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el juicio ordinario de Carlos A. Ruiz contra el municipio de Medellín.

Sin costas, pues el municipio no puede ser condenado por este concepto (artículo 576 del Código Judicial).

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

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro L.; Srio.

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

1.—Se confirma la doctrina conforme a la cual la suspensión de que trata el artículo 11 del código de procedimiento penal no debe ordenarse por el solo hecho de que exista un proceso penal, sino únicamente cuando el juez en lo civil encuentre que el fallo que haya de dictarse en dicho proceso pudiere influir en la solución de la controversia civil.

2.—No siempre la resolución del juez en lo penal influye en la que corresponda dictar al juez en lo civil, puesto que conforme al artículo 28 del código de procedimiento penal, la acción civil sólo se extingue cuando en el proceso penal se ha declarado, por providencia ejecutoriada: que el hecho no se realizó; que, de haberse realizado, no lo cometió el sindicado; y que éste, en caso de haberlo cometido, obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

3.—La acción civil puede proponerse, independientemente del proceso penal, ante el juez en lo civil, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 11 y 25 del código de procedimiento penal.

4.—Se reitera la doctrina de que "si no se trata de reclamar del directamente responsable sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica por la falta del agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos 92 y siguientes del Código Penal y 24 y siguientes del Código de Procedimiento Penal) se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los perjuicios contra los autores de delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito o culpa de sus representantes o dependientes si no revisten aquella calidad de autores o cómplices".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el tribunal superior de Neiva en el juicio ordinario promovido por Florentino Díaz Manrique y Rosa María de Díaz contra el municipio de Gigante.

ANTECEDENTES

El 17 de junio de 1952 ocurrió un accidente de tránsito en el municipio de Gigante, consistente en haber chocado con una roca, a la salida de la población, el volquete municipal que hacía el servicio urbano de aseo, cuando tal vehículo era conducido por Enrique Cerón, empleado del municipio, que actuaba en ejercicio de sus funciones.

En el volquete iba el menor Luis Antonio Díaz Manrique, quien falleció al día siguiente a consecuencia de las lesiones recibidas en dicho accidente.

Los padres del menor, por conducto de apoderado, demandaron al municipio por perjuicios materiales y morales, ante el juez del circuito; éste, tramitada la instancia, absolvió al municipio en fallo contra el cual la parte demandante interpuso recurso de apelación para ante el tribunal superior de Neiva.

Revocó el tribunal la sentencia del juez y condenó a la entidad demandada al pago de un mil quinientos pesos a favor de cada uno de los padres demandantes, por razón de perjuicios morales; no halló acreditados los materiales.

En la sentencia acusada expresa el tribunal que según jurisprudencia sentada por la Corte, "si no se trata de reclamar la indemnización del directamente responsable, sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica por la falta de su agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos 92 y siguientes del Código Penal y 24 y siguientes del C. de Procedimiento Penal) se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los perjuicios contra los

autores de delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito o culpa de sus representantes o dependientes, si no revisten aquella calidad de autores o de cómplices". (G. J. número 2112, pág. 631). Esto, para advertir que "aunque se sabe de autos que se inició proceso contra el chofer Enrique Cerón, en la alcaldía de dicho municipio, para averiguar su responsabilidad penal, considera la Sala que la acción civil indemnizatoria de perjuicios aquí ejercida no está subordinada a la penal que se adelanta contra el chofer".

LA CASACION

El señor Procurador Delegado en lo Civil acusa el fallo como violatorio, por errónea interpretación, de los artículos 11 y 24 del código de procedimiento penal, 92 y siguientes del código penal.

Expone que frente al concepto de la Sala de Negocios Generales de la Corte, transcrito en el fallo recurrido, existe la reiterada tesis de la Corte sobre los artículos 11 y 24 del código de procedimiento penal y concordantes, expuesta en varios fallos, que cita y transcribe en lo pertinente, después de lo cual advierte: "Finalmente viene una nueva interpretación en las sentencias de 26 de marzo de 1952, LXXI, 488, de la Sala de Casación Civil y de 6 de diciembre de 1952, LXXI, 736, de la Sala Plena, respectivamente, en las cuales se hace la diferenciación entre la infracción penal culposa y la culpabilidad civil, para concluir que la absolución que en tal caso se pronuncie en el terreno penal no conlleva la exoneración de la culpa civil. Como se observa, no se ha llegado aún a establecer nítida y definitivamente la línea divisoria y el respectivo campo de acción y de aplicabilidad del título 34 del C. C. frente a las disposiciones de los nuevos códigos penal y de procedimiento penal en lo tocante a reparación del daño causado. Hay ancho espacio para que se defina el punto materia de tan diversas doctrinas y de ahí que, aunque la sentencia del Tribunal es aceptablemente equitativa, este Despacho la objeta desde el punto de vista expuesto a efecto de procurar que la H. Corte tenga oportunidad de sentar principio en tan interesante tema".

Se considera:

a) Que es cierto, como lo anota el recurrente, que la Sala Plena de la Corte, en sentencia de 6 de diciembre de 1951, señaló claramente las diferencias entre la culpa penal y la culpa civil, así como es cierto que la doctrina expuesta en tal fallo aparece confirmada en decisiones posteriores, como las de 26 de marzo de 1952, 27 de agosto de 1954 y 8 de febrero de 1955. Esta corporación reitera hoy tal doctrina, siendo de advertir que en el recurso no se aducen motivos para cambiarla.

b) Que en fallos ya citados de 27 de agosto de 1954 y de 8 de febrero del presente año, expresó la Corte que conforme al artículo 28 del código de procedimiento penal, la acción civil sólo se extingue cuando en el proceso penal se ha declarado, por providencia ejecutoriada, que el hecho no se realizó; que, de haberse realizado, no lo cometió el sindicado; y que éste, en caso de haberlo cometido, obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. De donde se desprende que no en todo caso la decisión del juez en lo penal influye en la decisión que le corresponde proferir al juez en lo civil. No encuentra ahora la Corte motivos para variar esta doctrina.

c) Que la acción civil puede proponerse, independientemente del proceso penal, ante el juez en lo civil, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 11 y 25 del código de procedimiento penal; y que, como acertadamente lo expresó la Sala de Negocios Generales, en fallo citado por el sentenciador y a que hace referencia el recurrente, "si no se trata de reclamar del directamente responsable sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica por la falta de su agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos 92 y siguientes del código penal y 24 y siguientes del código de procedimiento penal) se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los perjuicios contra los autores de delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito o culpa de sus representantes o dependientes, si no revisten aquella calidad de autores o de cómplices". La Corte, al reiterar lo expuesto en el fallo citado, considera necesario advertir que, en los casos a que dicho fallo se refiere, bien puede el juez dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del código de procedimiento penal, esto es, ordenar la suspensión del juicio civil si en la decisión de éste pudiere influir la resolución que se dicte en el proceso penal. Lo expuesto en el mencionado fallo no tiene, pues, el alcance que parece atribuirle el sentenciador.

d) Que en la sentencia de 21 de septiembre de 1950 de la Sala Plena de Casación en lo Civil, citada por el señor Procurador, se expresó: "La suspensión del juicio civil, según los términos del in-

ciso 2º del artículo 11 del código de procedimiento penal, no es, pues, como puede observarse, en todo caso, sino cuando la decisión penal pudiera influir en el fallo. La suspensión no es automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal. Si la decisión del juez del crimen no pudiere tener tal influencia, no está obligado el juez a ordenarla. No es pues de plano como la suspensión se opera. Naturalmente tal determinación u orden de suspensión habrá de tomarse en vista de los elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil y si el juez los apreciare indebidamente, apelada la providencia, el superior habrá de revocarla. Pero si se trata de una decisión del Tribunal que no obstante la demostración de la existencia del proceso penal y su posible influencia en la controversia civil, decide el litigio sin tener en cuenta tales probanzas, es decir, sin darle aplicación al mencionado artículo 11 del código de procedimiento penal, entonces sí se ocurriere en casación, llegado el caso, habría de acusarse por violación indirecta del citado artículo 11 porque el juzgador dejó de apreciar las pruebas que habrían de llevarlo al cumplimiento de tal precepto". (G. J. LXVIII, pág. 83).

Se confirma hoy esta doctrina, conforme a la cual la suspensión de que trata el artículo 11 del código de procedimiento penal no debe ordenarse por el solo hecho de que exista un proceso penal, sino únicamente cuando el juez en lo civil encuentre que el fallo que haya de dictarse en dicho proceso pudiere influir en la solución de la controversia civil, y ya se ha visto que no siempre la resolución del juez en lo penal influye en la que corresponda dictar al juez en lo civil. A este respecto se recuerda lo ya dicho en relación con las diferencias entre la culpa civil y la culpa penal y con la interpretación que debe darse al artículo 28 del código de procedimiento penal; y

e) Que, en consecuencia, el fallo recurrido no viola las disposiciones legales citadas por el recurrente.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al tribunal superior de Neiva.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada — Luis F. Latorre U. — Ernesto Melendro L., Srio.

DECLARACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD NATURAL POR DEMOSTRACION DE LA POSESION NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Antonio Castrillón Buitrago o Alvarado demandó ante el Juez del Circuito de Pereira, en juicio ordinario de filiación natural, a los herederos testamentarios de Gerardo Castrillón Zuleta, señores José J. Franco, María Posada de Franco, Fabio y Leonel Franco Posada y Marina Gallego, "mayores y vecinos de Pereira los dos primeros, menores y vecinos de Pereira los tres últimos, debiendo ser representados en el juicio Leonel y Fabio Franco Posada por su padre señor José J. Franco, de las condiciones civiles declaradas y debiendo ser representada María Gallego R. por su padre señor Juan E. Gallego, colombiano, mayor y de domicilio desconocido, para que previos los trámites de rigor y por sentencia que cause ejecutoria se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª — Que el señor Antonio Castrillón Buitrago, bautizado como Antonio Alvarado, como hijo natural de Meladia Alvarado Zúñiga, es también hijo natural del finado señor Gerardo Castrillón Zuleta y que por tanto, tiene derecho para heredarlo y para recibir en la sucesión respectiva, las partes de bienes que por legítima rigurosa y por mejoras estaba obligado el testador a dejar para sus descendientes naturales;

"2ª—Que queda reformado el testamento otorgado por el señor Gerardo Castrillón Zuleta, y consignado en la escritura mil trescientos ochenta y cinco, de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, de la Notaría segunda de Pereira, en cuanto es necesario para que el señor Antonio Castrillón Buitrago o Antonio Alvarado, hijo natural del testador señor Gerardo Castrillón Zuleta, pueda recibir en la sucesión de éste las partes de bienes que la ley le obligaba a dicho testador a dejar como legítima rigurosa y como cuarta de mejoras, para sus descendientes naturales, por no tener ni descendientes ni ascendientes legítimos, ni cónyuge, sino solamente un hijo natural que lo es Antonio Castrillón Buitrago o Antonio Alvarado.

"3ª—Que el señor Antonio Castrillón Buitrago o Antonio Alvarado, en calidad de hijo natural del finado señor Gerardo Castrillón Zuleta tiene derecho a recibir en la sucesión de éste la mitad de los bienes a título de legítima rigurosa y una cuarta parte más de los mismos bienes, como cuarta parte de mejoras, pues que el testador por tener un hijo natural no podía disponer libremente sino de la cuarta parte de sus bienes.

"4ª— Que los demandados deben pagar solidariamente las costas del juicio si se oponen".

Los hechos enunciados en la demanda para solicitar la declaratoria judicial de hijo natural, los encamina el actor a establecer la posesión notoria del estado de hijo natural que tiene respecto a Gerardo Castrillón Zuleta y los alega para pedir que se dé aplicación a lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

El juez de primera instancia despachó favorablemente las súplicas del actor y declaró en sentencia de fecha trece de julio de mil novecientos cincuenta y tres:

"Primero.—El señor Antonio Castrillón, bautizado como Antonio Alvarado, y como hijo natural de Meladia Alvarado Zúñiga, es también hijo natural del finado señor Gerardo Castrillón Zuleta y tiene por lo tanto derecho para heredarlo y para recibir en la sucesión respectiva los bienes que le correspondan de acuerdo con la ley y muy especialmente con la ley 45 de 1936.

"Segundo.—Queda reformado el testamento otorgado por el señor Gerardo Castrillón Zuleta y consignado en la escritura mil trescientos ochenta y cinco, de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, de la Notaría 2ª de Pereira, en cuanto es necesario para que el señor Antonio Castrillón Buitrago o Antonio Alvarado, hijo natural del testador señor Gerardo Castrillón, pueda recibir en la sucesión de éste las partes de bienes que le correspondan, como hijo natural de tal señor Castrillón Zuleta y de acuerdo con la ley de hijos naturales.

"Tercero.—El señor Antonio Castrillón Buitrago o Antonio Castrillón Alvarado o Antonio Alvarado, en su calidad de hijo natural del finado señor Gerardo Castrillón Zuleta, tienen derecho para recibir en la sucesión de éste los bienes que le corresponda de acuerdo con la ley.

"Cuarto.—No se hacen las declaraciones concretas en cuanto a bienes que solicita el doctor Pardo G. en el libelo de demanda, es decir, en la proporción que él indica, pues ello corresponde al juicio sucesorio del mentado señor Gerardo Castrillón Zuleta.

"Quinto.—Con costas para los demandados en proporciones iguales, mas no solidariamente".

Como la parte demandada no estuviera conforme con lo resuelto por el juez, interpuso apelación y por ese motivo el juicio llegó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, entidad que desató la segunda instancia, confirmando la sentencia materia de la apelación, por providencia que lleva fecha diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

La misma parte demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, y procede la Corte a resolverlo, cumplida como está la tramitación propia del recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Dice el recurrente:

"Alego contra la sentencia recurrida, la primera de las causales de casación que señala el artículo 520 del Código Judicial, que enuncio de una manera general así: ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación al caso del pleito, resultado al cual se llegó por errores de derecho y de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, y por falta de apreciación de otras. Todo lo cual aparece de modo manifiesto en los autos".

Y en siete numerales y una adición divide su estudio para atacar la sentencia.

En el capítulo primero afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba de testigos y se refiere a las declaraciones de Francisco Idagarra, Alberto Jiménez, Manuel José Soto, Clara Rosa Buitrago y Clementina Quintero de Zapata, para decir que con tales testigos no se demuestra que los deudos y amigos del vecindario en general de Gerardo Castrillón hayan reputado a Antonio Castrillón como hijo natural de aquél, porque los declarantes no se refieren a qué circunstancias o con ocasión de qué hechos tuvieron conocimiento sobre lo que declaran; por ese error de derecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones de los artículos 4º, ordinal 5º y 6º de la Ley 45 de 1936.

En el capítulo segundo se ataca la sentencia por manifiesto error de derecho en que incurrió el Tribunal por falta de apreciación de la prueba consistente en la declaración que Gerardo Castrillón hizo en su testamento. "O si fue por inadvertencia de aquellas declaraciones contenidas en el testamento, tal omisión constituye error de hecho y lo alego entonces con esa calidad".

En el capítulo tercero se refiere el recurrente a la parte de la sentencia que estudia los testimonios de Urbano Montes Cadavid, Juan B. Suárez, Manuel José Soto, Clara Rosa Buitrago, Luciano García, Alberto Jiménez y otros, para decir que el dicho de esos testigos no demuestra la confesión extrajudicial que hiciera Gerardo Castrillón respecto a que Antonio Castrillón fuera su hijo natural, y que como el Tribunal aceptó el hecho de la pretendida confesión extrajudicial, incurrió en nuevo error de derecho en la apreciación de esa prueba, "lo que lo condujo a violar por indebida aplicación al caso del litigio las normas de la ley sustantiva que adelante se indicarán".

El capítulo cuarto, se reduce a estimar que el Tribunal luégo de hacer una cita de las declaraciones presentadas por la parte demandada, testimonios hábiles capaces de influir negativamente en la convicción del juez acerca de la verdad del hecho de la posesión notoria del estado de hijo natural que alega el demandante respecto del presunto padre", incurrió en error de derecho por la manera irregular y deficiente como apreció los testimonios de Ricardo Rodríguez Angel, Manuel Pulgarín, Jesús Antonio Cardona, Josefa Buitrago Romero viuda de Cardona, Teódulo Arboleda, Emma Rodríguez B., Adelina de Londoño y Pedro Pablo Manrique, "lo cual contribuyó, en concurrencia con los otros errores de apreciación probatoria, a la violación de las normas de ley sustantiva que se indicarán adelante, por indebida aplicación al caso del pleito".

En el capítulo quinto se afirma que el Tribunal violó por indebida aplicación al caso del litigio, el artículo 399 del Código Civil, violación que consistió en haber dado aplicación a dicho precepto, no estando probado de un modo irrefragable la posesión notoria del estado civil de hijo natural que se alega. Y consecuencialmente violó también por indebida aplicación los artículos 4º, numeral quinto, y 6º de la ley 45 de 1936, por cuanto declaró la paternidad natural de que se trata, sin estar acreditada de manera irrefragable la posesión notoria del

estado civil de hijo natural que invoca el demandante".

El capítulo sexto contiene la acusación de la sentencia "por infracción de las mismas disposiciones legales ya citadas, en cuanto el Tribunal les dio indebida aplicación al caso del litigio", por cuanto que quienes depusieron como testigos, sobre el hecho materia del proceso, dicen que Antonio Castrillón o Alvarado era ostensiblemente tratado por los cónyuges Castrillón-Buitrago, como hijo de dicho matrimonio, y que como tal lo reputaban también los propios testigos, los parientes y el vecindario en general". No era pues el demandante considerado como hijo natural de Gerardo Castrillón sino como hijo legítimo de éste y Julia Buitrago, y por lo tanto el Tribunal violó por indebida aplicación, los mismos preceptos de la ley sustantiva ya citados, a saber: los artículos 4º, numeral 5º, 6º de la ley 45 de 1936 y 399 del Código Civil, por cuanto declaró probada la posesión notoria del estado civil de hijo natural que alega el demandante, sin que la posesión de dicho estado se encuentre probada de un modo irrefragable.

El capítulo séptimo está concebido así: "como consecuencia necesaria de todo lo anterior, deben tenerse como violados por indebida aplicación, los artículos 1274 y 1321 del Código Civil. Violación que consistió en que el Tribunal falló favorablemente al actor las acciones de reforma del testamento y petición de herencia, sin que esté probado el derecho de legitimario, como hijo natural, que alega el demandante respecto de Gerardo Castrillón, ni, por tanto, su derecho a la herencia de éste en tal calidad".

Finalmente, la adición a la demanda se encamina al ataque de la sentencia por error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de los testimonios de Juan B. Suárez y de Luciano García, pues estima el recurrente que respecto al hecho de que Gerardo Castrillón hubiera matriculado a Antonio Castrillón en la Escuela Central de Pereira, "unos treinta años antes de la declaración", según lo manifiesta el declarante Suárez, y en la Escuela Oriental de Varones unos veinticinco años antes, como lo afirma el declarante García, en cada uno de tales hechos "no hay sino el testimonio único del respectivo declarante" y como el Tribunal tuvo como plenamente probados los hechos de la matrícula, contrariando así la norma del artículo 697 del Código Judicial y lo dispuesto por el artículo 666 de la misma obra, "por medio de ese error llegó también el Tribunal a la violación de las mismas disposiciones de la ley sustantiva que cito en esta demanda, por indebida aplicación y por los mismos conceptos que quedaron indicados...".

De la síntesis que se deja hecha de la demanda de casación aparece: que el recurrente ataca la sentencia porque el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar mal las pruebas conducentes a demostrar la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Antonio Castrillón o Alvarado respecto de Gerardo Castrillón; por mala apreciación de la declaración que hizo Gerardo Castrillón en su testamento de no tener hijos naturales; porque apreció erróneamente las declaraciones de las que dedujo la confesión extrajudicial que hiciera Gerardo Castrillón de que Antonio Castrillón era su hijo natural; porque no consideró debidamente las pruebas presentadas por los demandados y con las que se pretende desvirtuar lo aseverado por los testigos que presentó el actor; y por cuanto el Tribunal consideró que el demandante había demostrado el estado civil de hijo natural, por la posesión notoria, cuando las declaraciones de los testigos que él presentó demuestran que Antonio Castrillón fue considerado por los deudos, parientes y por el vecindario en general, como hijo legítimo de los cónyuges Gerardo Castrillón y Julia Buitrago, como consecuencia de todos esos errores de derecho en la apreciación de las pruebas, aplicó el Tribunal indebidamente, y por lo tanto las violó, las disposiciones de los artículos 4º, numeral 5º, 6º de la ley 45 de 1936, 399, 1274 y 1321 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal de Pereira hace en la sentencia un estudio minucioso de las pruebas aducidas al juicio tanto por el actor como por la parte demandada; analiza las declaraciones de los testigos; estudia lo que afirman los declarantes en cuanto a la confesión que a varios de ellos les hizo Gerardo Castrillón en el sentido de que Antonio Castrillón era su hijo natural; se refiere con claridad a las circunstancias por las cuales afirman los declarantes cómo Gerardo Castrillón y su esposa Julia Buitrago trataron por más de diez años a Antonio Castrillón o Alvarado como a su hijo, prodigándole toda clase de atenciones y de cuidados, atendiendo a su subsistencia, poniéndolo en la escuela de Pereira, a donde acudía con frecuencia a informarse sobre la conducta y aprovechamiento de Antonio, luégo, más tarde, estableciendo el propio Gerardo Castrillón al citado Antonio en el oficio de peluquero, a cuyo fin adquirió el establecimiento de barbería en donde instaló al demandante; y finalmente, anota el Tribunal, que el mismo Antonio Castrillón o Alvarado

usó de los apellidos Castrillón y Buitrago para todos los actos importantes de su vida civil, pues con tales apellidos contrajo matrimonio.

Y dice la sentencia:

"Como corolario de lo anterior, se edifica la convicción plena de que aquellas declaraciones de personas honorables que hablan de las manifestaciones extrajudiciales que les hiciera el finado Gerardo Castrillón en el sentido de que éste era el padre de Antonio, merecen entero crédito y forman la plena prueba de la paternidad natural, ya que además de las manifestaciones aludidas, obran en el proceso indicios y otros elementos importantes que completan esa prueba para dar la certeza acerca del estado civil de Antonio Alvarado Castrillón...

"Las declaraciones de la parte demandada, en manera alguna pueden contrarrestar los hechos puestos de manifiesto por el actor, pues un grupo de esos testigos ignora lo que les pregunta, y los otros apenas deponen sobre situaciones secundarias o circunstancias distintas al hecho mismo tozudo (sic), grave y severo del transcurso de la vida del menor Antonio en el hogar de quienes lo trataron como hijo hasta el momento de unirse en matrimonio y organizar hogar propio, circunstancia que tampoco alcanzó a romper aquel afecto hogareño como lo declaran numerosas personas.

"Que el señor Gerardo Castrillón otorgara uno o varios testamentos y en ninguno de ellos hiciera alusión al hijo natural, es arma defensiva de muy pobre operancia en esta litis, pues de antemano se sabe que el acto de testar es un hecho unilateral nacido de la voluntad del causante, por el cual hace dejación o reparto de sus bienes y favorece a quienes se propone con sus disposiciones. Pero la realidad viviente está demostrando que no siempre el testador se acomoda a la ley en cuanto a sus últimas disposiciones y por eso el acto público y escriturario es susceptible de reforma y aún de anulación por ciertos y determinados motivos. Si el testamento fuera el desideratum ultrainmodificable (sic) en materia de sucesión, no pocas injusticias podrían cometerse y estaría de mas el poder regulador e institucional del orden jurídico".

El recurrente acusa la sentencia en cada uno de los capítulos en que está dividida la demanda, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, diciendo que las presentadas por el actor no demuestran lo que se proponen, por defectos sustanciales y que las del demandado no fueron debidamente apreciadas.

A esto se observa, en primer lugar, que el recurrente no cita en su demanda, excepción hecha de la adición, ninguna disposición legal sobre valoración probatoria, y en tales condiciones esa omisión es suficiente para rechazar los cargos que están contenidos en los siete capítulos de la demanda, porque es bien sabido que cuando el recurso de casación se funda en error de derecho en la estimación de las pruebas, es preciso, para que el cargo prospere, que el recurrente cite las disposiciones sobre pruebas que resulten violadas a causa del error alegado. Así lo ha resuelto la Corte en diferentes ocasiones, especialmente en la sentencia de fecha 27 de junio del corriente año, no publicada todavía en la GACETA JUDICIAL, en la que se expuso esta doctrina:

"Cualquiera que sea por tanto la especie de error de que se trata, el error comienza por violar un texto legal sobre pruebas, y el cargo, tanto por error de hecho como de derecho, debe venir respaldado en la disposición legal quebrantada. La doctrina unas veces lo ha exigido así para uno y otro error (v. Casaciones de 28 de febrero de 1931, XXXVIII, 546; 16 de junio de 1942, LIII, 641; 2 de diciembre de 1943, LVI, 319 y 29 de febrero de 1952, LXXI, 170); pero otras veces sólo en relación con el derecho, bastando al de hecho la cita de las disposiciones legales referentes al fondo de la controversia. (V. Casaciones de 29 de julio de 1912, XIX; 9 y 12 de diciembre de 1932, XLI, 74). De lo cual se deduce que siempre ha sido necesario para fundar el cargo de error de derecho en la estimación de una prueba, la invocación del precepto legal transgredido a causa de dicha estimación, mas no así para sustentar el de hecho, respecto del cual no se ha seguido una misma jurisprudencia. En estricta técnica de casación debe señalarse la norma sobre pruebas violadas en primer grado, aún debido a error de hecho, porque si se omite considerar una prueba, se habrá quebrantado el precepto o los preceptos que otorgan mérito legal a la prueba inadvertida y por cuya ausencia subjetiva se falló el negocio en determinada forma; y si se decide como si la prueba existiera en el proceso, se le habrá concedido el valor que a tal prueba señalan las disposiciones sobre derecho probatorio, las cuales resultan infringidas al ser aplicadas a una prueba inexistente".

Pero además de lo dicho, y tomando en cuenta todos los cargos de la demanda, inclusive el de la adición, y en el supuesto de que se acusara la sentencia por error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, tampoco prosperan los cargos, pues el Tribunal examinó con toda detención el haz probatorio y llegó a las conclusiones que en la sentencia se consignan y que atrás se copiaron.

Y esas conclusiones, fruto de un estudio detenido, son intocables en casación, porque están dentro de la órbita de la autonomía de que goza el sentenciador, la que sólo está limitada en dos casos:

"Primero, cuando el Tribunal yerra en forma tan grave que contraría la evidencia producida por una o más pruebas, dando por probado aquello que cierta e indiscutiblemente no lo está; o negando que esté probado aquello que lo está de manera irrefragable. Es el error de hecho en la estimación de las pruebas.

"Segundo, cuando contraría de tal suerte un texto legal sobre la tarifa de las pruebas, el mérito demostrativo de la prueba aducida o la forma en que fue llevada al proceso, que a una prueba determinada resulta otorgándosele el valor de que carece, o negándosele el que tiene, según ese texto. Es el error de derecho en la apreciación de las pruebas. En el primer caso, el yerro es de orden físico, fruto de una defectuosa percepción sensorial del juzgador, porque ha creído ver en el proceso lo que no existe, como cuando dá por probada la propiedad con la escritura que *no está registrada;* o no ha visto lo que hay realmente, como cuando niega al título el mérito de probar el dominio, por no hallarse inscrito, siendo así que consta que lo está en el certificado del Registrador presentado separadamente.

"En el segundo caso, el yerro es estrictamente jurídico, ya que consiste en valorar una prueba existente en el proceso en forma contraria a las disposiciones legales que determinan los medios probatorios, señalan el valor de una prueba o fijan el procedimiento para aducirla, reconociendo a la prueba un valor que no tiene, o desconociéndolo el que tiene, según esas disposiciones". (Sentencia de casación de 27 de junio de 1955, citada atrás).

En el caso que se estudia, el Tribunal encontró probada la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Antonio Castrillón o Alvarado respecto de Gerardo Castrillón, tomando como pruebas las numerosas declaraciones que obran en el expediente, y no se ha demostrado que el Tribunal incurriera en ovidente error —que en este caso sería de hecho— al afirmar que tales declaraciones demuestran esa paternidad natural; ni está demostrado por el recurrente que el Tribunal omitiera la consideración de las pruebas que obran en el expediente y que fueran suficientes para demostrar lo contrario, a lo que el Tribunal encontró satisfactoriamente probado. Es suficiente leer todo el material probatorio para convencerse de que el Tribunal apreció correctamente las pruebas y que en consecuencia aplicó debidamente la ley que prevé la declaración judicial de la paternidad natural, cuando el pretendido hijo demuestre la posesión notoria do estado civil de hijo natural. No incurrió, pues, el Tribunal en violación de la ley 45 de 1936, artículo 4º, numeral 5º, por indebida aplicación, porque después de la convicción a que llegó mediante el estudio de las pruebas, no podía menos de aplicar esa disposición legal en el sentido en que lo hizo, ni podía dejar de aplicar, como lo hizo también, las disposiciones de los artículos 1226, 1239 y 1240 del Código Civil, que: "...regulan los derechos herenciales del hijo natural, dándole a éste la condición de legitimario, siendo por lo tanto el testador obligado a estatuir asignación forzosa para el descendiente natural, en faltando lo cual, el testamento debe ser reformado por lesionar esa legítima rigurosa", según lo expresa la 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 de fecha diez y siete de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario de Antonio Castrillón o Alvarado contra los herederos testamentarios de Gerardo Castrillón.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro L., Srio.

SE PUEDE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION EN EL ACTO DE NOTIFICACION DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL, SIN QUE SEA NECESARIO INTERPONERLO EN MEMORIAL SEPARADO

Se reitera la doctrina expuesta en auto de cinco de febrero de 1941, que en su parte pertinente dice: "Estima la Corte que hallar en esa frase "por medio de escrito" (Art. 522 del C. J.), un mandato ante el cual un memorial ad hoc sea indispensable es algo ocasionado a sacrificar el derecho a la forma, contra los fines de la justicia (C. J., artículo 472); a tiempo que, por otra parte, aún dentro de esa rigidez no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso hecha en el acto de la notificación, revista en realidad la interposición del requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal, quien ha de ser quien decida al respecto. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no hay duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestapueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería dudiendo sólo ante la falta de un memorial separado el que además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido".

2.—Un recurso de casación interpuesto en la forma en que lo fue el que ahora se trata, en que el abogado a quien se le notificó la sentencia, en el mismo acto agregó de su puño y letra "....diciendo que por no estar conforme, interpone recurso", es indudable que eso está dicho o expresado "POR ESCRITO", y cumple, por consiguiente, con la exigencia del artículo 522 del C. J.

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

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Por auto del 13 de diciembre de 1954, el Tribunal Superior de Barranquilla negó el recurso de casación que el apoderado de la parte actora considera haber interpuesto contra la sentencia del 6 de noviembre anterior, proferida para finalizar la segunda instancia del juicio ordinario de Demetrio Namen contra Faillace Hermanos, Sucesores, en liquidación.

En subsidio de la reposición de dicho proveído, corresponde a la Corte conocer del recurso de hecho propuesto por el mismo apoderado del actor, quien expone lo siguiente:

"Contra la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Barranquilla, el 6 de noviembre de 1954, y durante el término de su publicación, interpuse recurso de casación el día 15 de noviembre de 1954.

"Por auto del 13 de diciembre de 1954 fue negado la concesión de tal recurso a la parte que represento por juzgar el Honorable Tribunal, Sala Civil, que al tratar de interponer el recurso lo hice sin sujetarme a lo establecido por el artículo 522 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no lo hice por escrito, aunque al hacerlo cumplí con tres de los cuatro requisitos necesarios para que por el Tribunal se entrara a resolver sobre la concesión del recurso por mi impetrada. En efecto, instauré el recurso oportunamente: tenía habilidad o capacidad procesal para instaurarlo y la sentencia es susceptible de ser atacada en casación, pero también cumplí el cuarto requisito consistente en interponer el recurso por escrito, que yo sin duda he dirigido al Honorable Tribunal Superior y que hice sin que quepa negarlo, sin negar en realidad, por escrito.

"De dos maneras, según la ley, se interponen los recursos: o de palabra, o por escrito. Si mi manifestación de voluntad, no fue hecha, como no lo fue, oralmente, en cuyo caso la Secretaría del Tribunal habría tenido que dejar constancia de mi manifestación, sino que por medio de escrito de mi mano hice saber al Honorable Tribunal que por no estar conforme con su decisión contenida en la sentencia del 6 de noviembre de 1954, interponía el recurso de casación contra ella, es lógico

y verdadero que interpuse el recurso por escrito y que en tal forma lo hacía saber al Honorable Tribunal que me comunicaba por medio de su notificación la decisión que yo no aceptaba.

"Tales razones, Honorables Magistrados, me impulsan a solicitar de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que se conceda a la parte que represento el recurso de casación que he interpuesto".

Los motivos del Tribunal están expuestos en sus providencias del 13 de diciembre de 1954 y 31 de enero de 1955. De esta última, que no accedió a la reposición de la primera, se toman estos apartes:

"Estima (el Tribunal) que dada la naturaleza que tiene el recurso de casación todas las normas que lo regulan han de interpretarse restringidamente. Siendo un recurso extraordinario ha de aceptarse que no cabe una interpretación flexible de esas normas. Tal es, en opinión del Tribunal, el espíritu que ha de guiar al juzgador en la hermenéutica de los artículos que en el Código Judicial reglamentan las diversas situaciones que han de ser contempladas al instaurarse y fundamentarse el recurso de casación. En consecuencia, considera que el artículo 522 del mismo Código debe ser interpretado en forma restringida.

"Cuando se dice en esa norma que el recurso se interpone por medio de escrito que la parte misma o su apoderado dirige al Tribunal que haya pronunciado la correspondiente sentencia, ha de comprenderse por la palabra "escrito" un memorial presentado o dirigido al Tribunal, no pudiendo aceptarse que la declaración que haga el apoderado judicial en el momento de notificársele la sentencia en el sentido de que interpone el recurso de casación, pueda equipararse al escrito a que se refiere el artículo 522. Se observa que la comentada norma del Código Judicial acepta que, incluso, sea la misma parte interesada la que directamente se dirija al Tribunal en el escrito de que se ha hablado. Esa posibilidad está mostrando, aún con mayor diafanidad, que el recurso de casación sólo puede ser instaurado en un escrito dirigido al Tribunal expresamente con ese fin.

"A esa misma conclusión lleva el procedimiento de analogía para interpretar el artículo 522. En efecto, en el caso del recurso de apelación si se ha declarado en el artículo 493 del Código Judicial que ese otro recurso se puede instaurar en el acto mismo de la notificación, norma que no se ha reproducido al fijar el Código la manera de interponer el recurso de casación. Fijando por analogía con ese artículo 493 el contenido de aquel otro, no es absurdo afirmar que no cabe aceptar que el recurso de casación pueda instaurarse mediante una simple declaración que, escrita en el acto en que se le notifique la sentencia, el correspondiente apoderado judicial".

A continuación el Tribunal recuerda que la palabra "memorial" significa, como lo dice el Diccionario de la lengua española "papel o escrito en que se pide una merced o gracia, alegando los méritos o motivos en que se funda la solicitud".

En primer lugar, no debe perderse de vista que el artículo 522 no habla de **memorial**, que sugiere la idea de libelo o pieza independiente, separada del expediente, sino de **escrito**, que no da la idea, ni menos la impone, de un memorial en hoja suelta, separada del cuaderno procesal contentivo de la sentencia recurrida. En segundo término, por respetable que sean las definiciones dadas por el Diccionario de la Lengua, inclusive el de la Academia Española, aquellas no son siempre exactas o acertadas; como ocurre con casi todas las definiciones que comprenden más o menos de lo definido. Así, en nuestra terminología forense, un memorial puede no referirse a cuestiones que impliquen la solicitud de una **merced** o **gracia**, sino al ejercicio de un derecho de obligatorio reconocimiento.

Ahora bien, un recurso de casación interpuesto en la forma en que lo fue el de que ahora se trata, en que el abogado a quien se le notificó la sentencia, en el mismo acto agregó **de su puño y letra** (como lo reconoce el Tribunal): "...diciendo que por no estar conforme interpone recurso de casación", es indudable que eso está dicho o expresado **por escrito**, como si después de firmada la notificación, a continuación de ella, en el mismo pliego hubiera redactado tres líneas que dijeran:

"Señores Magistrados del Tribunal, Manifiesto a Uds. que interpongo recurso de casación contra el fallo....NN.".

No cabe duda que esta interposición sería inobjetable, y en el fondo en nada difiere de la que ahora se considera.

Dice el Tribunal más adelante que "En la esfera del derecho procesal los requisitos son de índole **"formal"**. Dicha esfera es el reino de las 'formas'.

Sí, pero no del formalismo crudo y ciego que ahogue el derecho.

Tan evidente es eso que en un proceso pueden

ocurrir centenares de defectos de forma, y solamente unos pocos causan nulidad.

Siguiendo a Chiovenda puede decirse que la inobservancia de las formas puede conducir a la nulidad, o a una corrección o no tener consecuencias. Pero no pueden declararse nulos los actos procesales si la ley no ha previsto la nulidad o no carecen de los elementos que constituyen su esencia. También hay que distinguir entre las formas o condiciones del proceso, pues las hay de tiempo (términos previstos por la ley o señalados por el juez) cuyo cumplimiento se hace forzoso, y otras condiciones o formas o modos distintos en las que puede emplear el juez un criterio más amplio para suplir las deficiencias de los interesados. Es que las primeras producen el fenómeno de la preclusión, o sea, que realizados ciertos actos o transcurrido cierto término "queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados o, en general, actos procesales": mientras que las otras sólo consultan la necesidad de las formas en el juicio, cuya falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre, pero no siempre implican ineficacia, inutilidad o nulidad de lo actuado.

La Corte Suprema, en providencia de 7 de julio de 1942, (Gaceta Judicial, Tomo LIV Nº 1889, página 11), que reproduce otra de 5 de febrero de 1941, al resolver un recurso de hecho interpuesto al notificarse el fallo recurrido, dijo:

"Como se ve, por lo atrás relacionado, el Tribunal se fundó para negar el recurso de casación, en que éste no se había interpuesto por medio de un escrito presentado por el apoderado del demandante y que la manifestación hecha en el momento de notificarse la sentencia, de recurrir de ella en casación no se amolda a las prescripciones del artículo 522.

"El punto que ahora se estudia está resuelto por esta superioridad, en auto de cinco de febrero de 1941, que corre publicado en el número 1964 de la G. J., que en su parte pertinente dice así:

'Esta se funda, (la negativa) no en que la naturaleza del negocio o su cuantía se opongan, pues a estos respectos, no hay óbice para conceder, sino en que no se formuló memorial con tal fin y el recurrente se limitó a la manifestación antedicha (la manifestación consistió en que al ser notificada la sentencia hizo constar que interponía el correspondiente recurso de casación). Entiende el Tribunal, escuchando los reparos de la contraparte contra la concesión pronunciada inicialmente en auto infirmado por el que motiva el presente recurso de hecho, que aquello es procedente para apelar, según el C. J., en su artículo 324 infine: pero no para la casación, reglamentada en forma especial y por lo mismo prevalente en forma que, al tenor del artículo 522 ibidem, este recurso se interpone por medio de un escrito dirigido al Tribunal sentenciador.

"Estima la Corte que hallar en esa frase 'por medio de escrito' un mandato ante el cual un memorial ad hoc sea indispensable es algo ocasionado a sacrificar el derecho a la forma, contra los fines de la justicia (C. J., artículo 472), a tiempo que, por otra parte, aun dentro de esa rigidez no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso hecha en el acto de la notificación, revista en realidad la interposición del requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal, quien ha de ser quien decida al respecto. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no haya duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestación, pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería diciendo sólo ante la falta de un memorial separado el que además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido".

No encuentra hoy la Corte motivo suficiente para recoger o rectificar la doctrina vigente.

La exigencia rigurosa del memorial o escrito separado, podría justificarse bajo el imperio de la ley 100 de 1892 cuyo artículo 51 decía:

"Artículo 51.—Durante los treinta días que se conceden para interponer el recurso de casación, la parte que quiera hacer uso de este derecho dirigirá un escrito al Tribunal, y en él expresará que interpone el recurso y designará la causal o causales en que funda la interposición expresando con claridad y precisión los motivos en que apoya cada causal. Así, por ejemplo, si la causal que motiva el recurso fuere la primera designada en el artículo 369 de la Ley 105 de 1890, deberá decir cuál es la ley o doctrina legal infringida y el concepto en que lo haya sido: y cuál o cuáles son las leyes aplicables al caso del pleito". Es obvio que a todo eso, que equivalía en el fondo a la demanda de casación, no podía dársele cabida en la somera diligencia en que se notificaba el fallo de que se trataba.

Pero habiéndose simplificado en el nuevo código

el trámite del recurso, prescindiendo de todo lo que exigía la regla antigua en el escrito de la interposición, ésta no reclama memorial separado, ni tiene por qué ni para qué ser más formulista que la de apelación.

Y en el presente caso, vale repetir, todo reparo se desvanece al recordar que la frase añadida a la notificación de la sentencia, en que se hace constar "...diciendo que por no estar conforme interpone recurso de casación", fue puesta o escrita de puño y letra del notificado.

Lo expuesto basta para potentizar la razón que asiste al recurrente.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **admite el recurso** de hecho de que hoy se trata y dispone que el Tribunal Superior de Barranquilla debe conceder el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte actora el 13 de diciembre de 1954 contra la sentencia del 6 de noviembre anterior, pronunciada en el juicio ordinario de Demetrio Namen contra Faillace Hermanos, Sucesores, en Liquidación.

Ofíciese al Tribunal de Barranquilla para los efectos consiguientes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Hernández Arbeláez, con salvamento de voto. — **Manuel Barrera Parra**, con salvamento de voto. — **Ignacio Gómez Posse**, con salvamento de voto. — **Agustín Gómez Prada — José J. Gómez R. — Luis Feline Latorre U. — Julio Pardo Dávila**, con salvamento de voto. — **Alberto Zuleta Angel — Arturo Tapias Pilonieta**, Conjuez. **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES: JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, MANUEL BARRERA PARRA, IGNACIO GOMEZ POSSE, Y JULIO PARDO DAVILA

Con profundo respeto a la opinión de los muy distinguidos Magistrados de la mayoría, salvamos nuestro voto por los motivos expuestos en el proyecto que, como ponente, tuvo a honra someter a la ilustrada consideración de la Sala, el primero de los suscritos.

La ponencia, después de trascribir las alegaciones de la parte actora para sustentar el recurso de hecho, copió varios apartes de la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida el 31 de enero de 1955, y expresaba la motivación para encontrar bien denegado el recurso de casación, como en seguida se reproduce:

"'Estima (el Tribunal) que dada la naturaleza que tiene el recurso de casación todas las normas que lo regulan han de interpretarse restringidamente. Siendo un recurso extraordinario ha de aceptarse que no cabe una interpretación flexible de esas normas. Tal es, en opinión del Tribunal, el espíritu que ha de guiar al juzgador en la hermenéutica de los artículos que en el Código Judicial reglamentan las diversas situaciones que han de ser contempladas al instaurarse y fundamentarse el recurso de casación. En consecuencia, considera que el artículo 522 del mismo Código debe ser interpretado en forma restringida.

"'Cuando se dice en esa norma que el recurso se interpone por medio de escrito que la parte misma o su apoderado dirige al Tribunal que haya pronunciado la correspondiente sentencia, ha de comprenderse por la palabra "escrito" un memorial presentado o dirigido al Tribunal, no pudiendo aceptarse que la declaración que haga el apoderado judicial en el momento de notificársele la sentencia en el sentido de que interpone el recurso de casación, pueda equipararse al escrito a que se refiere el artículo 522. Se observa que la comentada norma del Código Judicial acepta que, incluso, sea la misma parte interesada la que directamente se dirija al Tribunal en el escrito de que se ha hablado. Esta posibilidad está mostrando, aún con mayor diafanidad, que el recurso de casación sólo puede ser instaurado en un escrito dirigido al Tribunal expresamente con ese fin.

"'A esa misma conclusión lleva el procedimiento de analogía para interpretar el artículo 522. En efecto, en el caso del recurso de apelación sí se ha declarado en el artículo 493 del Código Judicial que ese otro recurso se puede instaurar en el acto mismo de la notificación, norma que no se ha reproducido al fijar el Código la manera de interponer el recurso de casación. Fijando por analogía con ese artículo 493 el contenido de aquel otro, no es absurdo afirmar que no cabe aceptar que el recurso de casación pueda instaurarse mediante una simple declaración que escriba en el acto en que se le notifique la sentencia el correspondiente apoderado judicial.

"'Además, desea el Tribunal recordar que la palabra 'memorial' significa, como se dice en la decimoséptima edición del 'Diccionario de la Lengua Española', 'papel o escrito en que se pide una merced o gracia, alegando los méritos o motivos en que se funda la solicitud'. Y en esa misma edición del Diccionario se define el sentido del vocablo 'escrito' en estos términos: 'Pedimento o alegato en pleito o causa'. En consecuencia, el Tribunal, al fijar el contenido del artículo 522 del Código Judicial, se guió simplemente por el 'sentido natural y obvio' (Artículo 28 del Código Civil), de las palabras usadas en ese artículo, especialmente la de 'escrito', en consonancia con los restantes vocablos que integran el artículo, procurando establecer entre ellos la debida correspondencia y armonía—Artículo 30 del Código Civil.

"'Finalmente, estima oportuno esta Sala explicar algunas consideraciones generales en torno al analizado artículo 522 del Código Judicial. Son necesarias unas observaciones previas. Los actos procesales que realizan las partes o sus apoderados son determinadas declaraciones de voluntad que persiguen la obtención de cierta consecuencia jurídica. En su calidad de actos jurídicos, que sí lo son, esas declaraciones han de ajustarse a determinados requisitos, sin los cuales no tendrían eficacia, es decir, no serían idóneas para suscitar las consecuencias jurídicas que se deseen o persigan. En tal virtud, requisito de un acto procesal es un modo de ser suyo, trascendente,

como dice el profesor Carnelutti, según la norma para su eficacia. Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 75, Utilea Argentina, Buenos Aires, 1944. Los actos procesales de las partes son válidos cuando reúnen los requisitos necesarios para ser eficaces. Una declaración de voluntad de una de las partes que no se haya ajustado a las correspondientes condiciones o requisitos, no sería válida, es decir, no produciría ninguna consecuencia jurídica.

"En la esfera del derecho procesal los requisitos son de índole 'formal'. Dicha esfera es el reino de las 'formas'. Y lo es porque la forma es la garantía de los derechos de las partes y la salvaguardia de éstas ante las posibles arbitrariedades del Juez. En el auto del 16 de agosto de 1954 de esta Sala Civil, refiriéndose a las 'formas' procesales dijo: 'Considera el Tribunal que el vocablo 'estructuras' es científicamente más adecuado que el de 'formas'. En efecto, las llamadas 'formas procesales' no son tales porque están únicamente constituidas por una coincidencia de la materia y de la forma. Aquella se expresaría en la conducta del Juez o de las partes y ésta sería el modo que ofrecería la citada conducta. Modo y conducta integrarían una unidad dentro de una mutua implicación'.

"'Ahora bien, dentro de la interpretación que del artículo 522 del Código Judicial ha sustentado la Sala, se está afirmando implícitamente que el sentido de dicho texto legal es el de señalar una determinada 'forma', más correctamente, una estructura, para la declaración de voluntad en la cual la parte interesada o su apoderado judicial instaurarán el recurso de casación contra una sentencia. En otras palabras, el artículo 522 estaría reglamentado (sic) la estructura de ese acto procesal. El Tribunal, recordando nuevamente al profesor Carnelutti, quiere advertir que 'regular la forma de un acto significa indicar sus caracteres formales jurídicamente trascendentes, en el sentido de que sólo cuando el acto singular los posea se producirá el efecto jurídico del mismo'. (Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo III, página 193, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944). En consecuencia, cuando un apoderado judicial, al interponer recurso de casación, no ajusta su declaración de voluntad a la estructura señalada en el artículo 522 del Código Judicial, hace una declaración de voluntad que carece de validez, es decir, que no tiene eficacia en orden a que el Tribunal conceda el recurso impetrado'".

"El Tribunal Superior de Barranquilla está en lo cierto, pues aparte de la naturaleza propia de la casación, como recurso extraordinario y estricto, cuyas normas no son susceptibles de interpretación extensiva, los textos que regulan la materia no permiten ningún género de duda en saber que ese mismo recurso no puede ser válidamente interpuesto en el acto de la notificación de la sentencia respectiva, como si se tratara de abrir, mediante apelación, un tercer grado del proceso.

"En forma claramente taxativa se expresa el artículo 324 del Código Judicial, cuando dice:

"'Artículo 324.—En el acto de la notificación no se admitirá al notificado otra manifestación que la de asentimiento a lo resuelto o la ratificación de lo actuado, o el allanamiento en el caso de que el Juez esté impedido. Puede también hacer cualquier nombramiento, o interponer el recurso de apelación'.

"Y en armonía con este precepto, reza el artículo 493 ibidem:

"'Artículo 493.—Las sentencias de primera instancia son apelables de la palabra en el acto de la notificación, o por escrito dentro de los tres días siguientes'.

"Como es obvio, no corresponde a la actividad de las partes el acto procesal de las notificaciones, sino que es atribución propia de los funcionarios públicos habilitados para practicarlas. De donde se sigue que todas aquellas cosas permitidas expresamente por la ley a las partes en el acto de la notificación, revisten el carácter de orales, como claramente lo dice el artículo 493 y lo implica del mismo modo el 324, desde luego que la diligencia respectiva se extiende y autoriza, no por las partes, sino por ministerio del funcionario competente para ello, quien deja testimonio, en su caso, de la manifestación oral del notificado. No es por consiguiente el acta de notificación un escrito de quien la recibe, sino prueba literal fidedigna elaborada por el funcionario que la practica.

"En consecuencia, ya sería forzoso admitir que el recurso de casación no puede ser interpuesto en el acto por el cual se notifica la sentencia. Y el punto traído al debate se esclarece todavía más en razón de lo dispuesto por el artículo 522, cuyo tenor literal es a saber:

"'Artículo 522.—El recurso se interpone por medio de escrito que la parte misma o su apoderado dirige al Tribunal que haya pronunciado la sentencia de cuya invalidación se trata'.

"Son muy claros los motivos del Tribunal de

Barranquilla en el sentido de que cuando el texto exige un escrito que la parte misma o su apoderado dirige al sentenciador, hace de ello un requisito indispensable para la validez del acto procesal. Y como ese escrito no es ni puede ser la diligencia de notificación, desde luego que en ese momento no es permitido interponer el recurso extraordinario de que se trata, es necesario entender, como el Tribunal, que no era el caso de concederlo.

"Si se agrega que es la notificación un escrito de quien la practica y no del notificado, cuyas manifestaciones orales en esa oportunidad no trascienden al proceso sino en cuanto lo permita la ley, y nada más, surge con plena nitidez la conclusión de que en el caso al estudio no fue interpuesto el recurso, aunque el apoderado del actor así lo dijera en el instante en que se le notificara la sentencia. Si no lo hizo conforme a derecho, esto es, en acatamiento a la norma especial y expresa del artículo 522, que exige ineludiblemente un escrito o memorial dirigido al sentenciador con el objeto de incoar el recurso de casación, no hay lugar a concederlo".

Los artículos 524, 493 y 522 del Código Judicial, armónicos entre sí y en que el proyecto encontró apoyo, parecen ser de aquellos textos a que aluden las normas de interpretación para hacerla del todo innecesaria "cuando el sentido de la ley sea claro", caso en el cual "no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", según lo expresa el artículo 27 del Código Civil. Pues si es prudente el tenor de que el derecho se inmole al formalismo, ciego y cruel, no sería nunca menor el peligro resultante para la estabilidad jurídica, si cupiese desatender el sentido claro y expreso de la norma objetiva formulada por el legislador.

Por lo demás, el consenso de los recurrentes en casación está de acuerdo con la necesidad de un escrito independiente y especial para provocar el trámite extraordinario ante la Corte.

Fecha ut supra.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — Ignacio Gómez Posse. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRUEBA DE LA SIMULACION.—CASO EN QUE LOS HEREDEROS DEMANDAN LA SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE, CELEBRADO POR SU CAUSANTE POR MEDIO DE APODERADO

1.- El recurrente considera desacertada la tesis del Tribunal de que cuando la declaración de que un contrato es simulado es impetrada por los herederos de uno de los contratantes rige la restricción probatoria establecida por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 "porque si con la acción de que se trata se recobra un bien para la sucesión, el heredero es un tercero que tiene interés personal y directo, y que si el contrato fue celebrado por un apoderado, el poderdante no estuvo en posibilidad de proveerse de la contraescritura o principio de prueba por escrito".

La Corte considera refutado lo anterior con los razonamiento expuestos por la Sala Plena de Casación Civil, en fallo de 8 de junio de 1954, que contempló un caso semejante al actual (G. J. Nº 2142, págs. 796 y 797).

2.—La apreciación de indicios es de la soberanía del Tribunal de instancia, sin que en la casación pueda rectificarse el criterio con que en la sentencia recurrida se haya estimado esa prueba.

3.—La Corte ha dicho que la comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos.

4.—En concepto de la Corte el solo registro de la escritura sobre revocación de un mandato no implica el reconocimiento positivo de esa revocación por el mandatario y por terceros, a que se refiere el art. 2191 del Código Civil. Es verdad que el registro tiene entre otros objetos dar publicidad a los actos que se llevan allí, pero eso no equivale en casos como el presente al conocimiento real, efectivo, como tiene que ser, el que se prevé y considera en el precitado artículo, porque de lo contrario el código habría hecho la salvedad en cuanto a los poderes otorgados y revocados por escrituras públicas, y el texto del artículo 2199, particularmente en su último inciso, da a entender otra cosa, establece un medio más práctico y de eficacia positiva para dar a conocer la expiración del mandato.

5.—La prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo. No es un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones.

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

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Ante el Juez 6º del Circuito de Bogotá, Gabino Mora Angarita y Betulia Mora de Rojas, por medio de apoderado demandaron "a nombre de la sucesión de Pánfilo Mora y para ella", invocando y demostrando la calidad de herederos del extinto prenombrado, a Gonzalo Mora y a Sara Angarita, a fin de obtener las declaraciones que el Tribunal Superior de Bogotá sintetiza fielmente así:

"**Primero.**—Que es simulado, por no ser real sino aparente por falta de causa el contrato de compraventa que aparece de la escritura número cuarenta y cinco de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta, de la Notaría Primera del circuito de El Cocuy, por medio del cual el señor Gonzalo Mora, como apoderado de don Pánfilo Mora, dijo transferir a título de venta en favor de doña Sara Angarita, la finca denominada "Llano del Ojo" vereda de la Primavera, Municipio de El Cocuy, determinada en el libelo de la demanda y en la escritura número cuarenta y

cinco citada; que en consecuencia, dicha finca no ha salido del patrimonio de Pánfilo Mora y pertenece a su sucesión y no ha entrado en el patrimonio de Sara Angarita, quien, si tuviere la finca en posesión, debe restituirla a la sucesión de Pánfilo Mora, junto con sus frutos naturales y civiles, considerando a la demandada como poseedora de mala fe. Pide además el demandante que se condene al demandado Gonzalo Mora a pagar a la sucesión de Pánfilo Mora la cantidad de doscientos mil pesos por concepto de los perjuicios que el demandado causó a la sucesión de Pánfilo Mora, por haber hecho uso indebido del poder que le había conferido Pánfilo Mora, uso indebido que hace consistir el demandante en el hecho de que Gonzalo Mora celebró un contrato simulado con su madre natural Sara Angarita, pretendiendo de este modo sustraer del patrimonio de Pánfilo Mora la finca "Llano del Ojo"; y que se condene a la demandada Sara Angarita, por los perjuicios causados al señor Pánfilo Mora y a su sucesión, derivados de la intervención de la demandada en el contrato simulado celebrado con su hijo natural Gonzalo Mora y para sustraer del patrimonio de Pánfilo Mora la finca descrita, a pagar la cantidad de doscientos mil pesos. Como consecuencia de las declaraciones que pide, solicita el demandante que se ordene al señor Notario Primero del Circuito de El Cocuy la cancelación de la escritura número 45 de 23 de febrero de 1950, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito la cancelación del registro de la misma escritura y la cancelación de la matrícula correspondiente, condenando en costas a los demandados.

"Como primera petición subsidiaria se invoca que es nulo de nulidad absoluta, el contrato de mandato contenido en la escritura número treinta y seis de fecha diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta, de la Notaría Segunda de El Cocuy, conferido por Pánfilo Mora a Gonzalo Mora, porque 'aquél era absolutamente incapaz por demencia, el día del otorgamiento de la escritura'. Consecuencialmente se afirma que no teniendo mandato Gonzalo Mora proveniente de Pánfilo Mora, no existe el contrato de compraventa pactado entre Gonzalo Mora, como apoderado de don Pánfilo Mora, y doña Sara Angarita y que está contenido en la escritura Nº 45 de 23 de febrero de 1950 de la Notaría Primera de El Cocuy, y que, por tanto, la finca "Llano del Ojo" no ha salido del patrimonio de Pánfilo Mora y pertenece a su sucesión.

"Por el hecho de haber intervenido el Dr. Gonzalo Mora en los dos contratos, mandato y compraventa, y doña Sara Angarita en el de compraventa son responsables de los perjuicios causados a la sucesión de Pánfilo Mora y deben pagar tales perjuicios, en la cuantía que se fije dentro del juicio, o la que se determinare al ejecutar la sentencia.

"La solicitud sexta de esta petición subsidiaria dice que la sucesión de Pánfilo Mora no está obligada a restituir a Sara Angarita la cantidad de cincuenta mil pesos, que menciona la escritura de compraventa 'por cuanto que la demandada no pagó tal suma ni el señor Pánfilo Mora la recibió de Sara Angarita ni del señor Mora Angarita'.

"Pide como súplica final de esta petición subsidiaria, que se decreten las peticiones principales tercera, octava, novena y décima.

"Las segundas peticiones subsidiarias de la demanda corregida, se encaminan: a que se declare resuelto el contrato de compraventa que aparece de la escritura Nº 45 de 23 de febrero de 1950 de la Notaría Primera de El Cocuy, y que se citó atrás, por falta de pago: por lo tanto Sara Angarita debe pagar a la sucesión de Pánfilo Mora los perjuicios ocasionados por el no pago del precio, en la cantidad que se determine en el curso del juicio o al ejecutarse la sentencia. En cuanto al demandado Gonzalo Mora Angarita, dice la demanda, es responsable de los perjuicios causados a la sucesión de Pánfilo Mora, por haber hecho mal uso del mandato al vender una finca de propiedad de su mandante a su madre natural sin haber recibido el precio correspondiente y debe pagarlos en la cantidad que se determinare en el curso del juicio o al ejecutarse la sentencia. Repite el apoderado de los demandantes, que deben decretarse las peticiones principales tercera, octava, novena y décima.

"Agrega la demanda las siguientes terceras peticiones subsidiarias: que se declare rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa que aparece de las tantas veces citada escritura número 45 de 23 de febrero de 1950 de la Notaría Primera de El Cocuy: que al restituir Sara Angarita la finca materia del contrato a la sucesión de Pánfilo Mora, debe, previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que hubiere constituído sobre ella; que el demandado Gonzalo Mora Angarita debe restituir a la sucesión de Pánfilo Mora, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de cincuenta mil pesos que en la escritura

de compraventa confiesa haber recibido de la señora Angarita, como precio de la finca "Llano de Ojo" junto con sus intereses corrientes desde el 23 de febrero de 1950 hasta cuando se verifique el pago, y es responsable, además, de los perjuicios causados a don Pánfilo Mora, hoy su sucesión, por el indebido ejercicio del mandato que le confirió éste último, por haber vendido a la madre natural del mandatario, la mejor finca de propiedad del demandante Pánfilo Mora, por un precio inferior a la mitad del justo precio. Termina solicitando que se decreten las peticiones principales tercera, octava, novena y décima".

Agotado el trámite de primera instancia, el Juez la finalizó con fallo de 20 de mayo de 1953, cuya parte resolutiva dice:

"1º—Niéganse las peticiones principales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima de la demanda corregida lo mismo que todas las peticiones primeras y terceras subsidiarias, a excepción de la súplica tercera de estas últimas, que será resuelta por separado en el numeral tercero, quedando, por consiguiente, absueltos los demandados Gonzalo Mora Angarita y Sara Angarita de los cargos formulados en ellas;

"2º—Declárase probada la excepción perentoria de contrato no cumplido y, en consecuencia, niéganse las condenaciones solicitadas contra Sara Angarita, en las peticiones primera y segunda de las segundas peticiones subsidiarias, e igualmente niégase la segunda petición de estas mismas, solicitada contra Gonzalo Mora Angarita;

"3º—Declárase probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, con respecto a la súplica tercera de las terceras peticiones subsidiarias, pero quedando a salvo la acción a la parte demandante para hacer efectivo su derecho contra el mandatario Gonzalo Mora Angarita, dentro de un juicio especial de rendición de cuentas;

"4º—Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas de carencia de la personería sustantiva de los demandantes y la de petición de modo indebido; y

"5º—Sin costas".

Apelada esta providencia por la parte demandante únicamente, el Tribunal la **confirmó por** medio del fallo de 22 de octubre de 1954, que ha venido a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por el apoderado de los actores.

El recurso

La acusación contra la sentencia de segunda instancia consta de ocho cargos que la Corte examinará en seguido y en su orden:

Primer cargo.—Lo plantea el recurrente así:

"Acuso el fallo recurrido como violatorio de la ley sustantiva, por error de derecho, consistente en haber exigido el sentenciador, a los demandantes recurrentes, la prueba de la simulación demandada, necesariamente, condicionada a la presentación de la respectiva contraescritura, o al principio de prueba por escrito, o a la confesión judicial, aplicándoles en el juicio el tratamiento de parte contratante en la relación contractual, negándoles el de terceros, error que lo llevó a la aplicación indebida de los artículos 1759, 1766, del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, sobre restricción a la prueba testimonial. Así, de haberlos aplicado e interpretado en su sentido obvio, conforme con la equidad y el ordenamiento del artículo 472 del C. J., la prueba documental, testimonial e indiciaria, aportada a los autos, habría sido suficiente para declarar la simulación demandada".

Transcribe a continuación el recurrente los pasajes de la sentencia acusada en que el Tribunal sostiene la tesis de que cuando la declaración de que un contrato es simulado es impetrada por los herederos de uno de los contratantes rige la restricción probatoria establecida por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Considera el sostenedor del cargo que esa tesis es desacertada, porque si con la acción de que se trata se recobra un bien para la sucesión, el heredero es un tercero que tiene interés personal y directo, y que si el contrato fue celebrado por un apoderado, el poderdante no estuvo en posibilidad de proveerse de la contraescritura o principio de prueba por escrito.

Estas observaciones aparecen refutadas con los concluyentes razonamientos expuestos por la Sala Plena de Casación Civil (ocho Magistrados), en el fallo de 8 de junio de 1954 (Gaceta Judicial Nº 2142, págs. 786 y 787), que contempló un caso muy semejante al actual, y que en la parte pertinente dice:

"De las alegaciones transcritas aparece claro que el recurrente acepta, de conformidad con los arts. 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, que **entre contratantes** es inadmisible, por regla general, la prueba de testigos "en cuanto adicione o altere de ma-

de alguno lo que se expresa en el acto o contrato" que según el primer artículo citado debe constar por escrito; y que las únicas excepciones, a tal regla son: el principio de prueba por escrito (— o 'acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso'—); la 'imposibilidad del actor para obtener la prueba escrita y los demás casos expresamente exceptuados por la ley.

"El recurrente pretende que la parte actora, representante de la difunta vendedora, se halla en imposibilidad de administrar la prueba literal del pacto secreto (sobre no enajenación del inmueble que por escrito se dijo vender), desde dos puntos de vista que, relacionados, no dejan de presentar cierto antagonismo. Ellos son: lo que la enajenante Lisandra López v. de Montoya no puede responder de la omisión culposa con la compradora (madre de éste) la contradeclaración escrita de ser apenas aparente la negociación; y 2º la imposibilidad moral de que tal prueba secreta se produjera, en atención a los vínculos de consanguinidad existentes entre todas las personas que contrataron aparentemente por medio de la escritura 3031 citada.

"Planteada así la cuestión, es indiscutible que en este cargo deja de considerarse a los demandantes como terceros respecto de, contrato impugnado, pues los artículos 91 y 93 de la ley 153 de 1887 se refiere, sin lugar a equívocos por modo exclusivo, a los contratantes o a sus representantes. Así, pues, con el cargo tan sólo se aspira a favorecer a los sucesores de la vendedora, que no estaban en el deber de contraprobar por escrito, en fuerza de la doble imposibilidad alegada.

"1) —El Tribunal en manera alguna negó que la imposibilidad, ya sea la física, ya sea la moral —aceptada ésta por la doctrina y consagrada por jurisprudencia— sea motivo para admitir a las partes pruebas distintas de la escrita en orden a establecer la simulación de un contrato pasado por escritura pública. Por el contrario, con apoyo en tratadistas de derecho afirma, para el efecto en referencia, que la imposibilidad legal de que se trata puede ser simplemente moral. Mas lo que ocurre es que el sentenciador —quien al rechazar por ineficaz la prueba indiciaria, sí consideró el parentesco entre mandante, mandatario y compradora—, no halló ninguna de las dos especies de imposibilidad libertadora de la restricción probatoria. De esta suerte, mal pudo haber errónea interpretación del artículo 93, parte final, de la citada ley 153 (que, de paso sea dicho, es de carácter típicamente probatorio); ni tampoco error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas que el recurrente sanciona. No sobra decir, respecto a este error, que en jurisprudencia italiana, citada por Ferrara, 'el solo temor reverencial no puede ser invocado como constitutivo de imposibilidad moral' para producir la prueba escrita en casos como el que aquí se estudia.

"2) Por lo que hace al segundo argumento, relativo al mandato, se observa:

"Es inaceptable la tesis de que la restricción probatoria a que se refiere el artículo 91 de la ley 153 de 1887, inciso 2º, deje de operar respecto del mandante, o de sus sucesores a título universal; aduciendo el argumento de que ni aquél ni éstos intervinieron personalmente en el contrato y diciendo, además, que esa restricción se explica como una sanción culposa personalísima contra los sujetos que físicamente comparecen a otorgarlo. Semejante tesis contradice abiertamente la noción del mandato representativo, consignado en el art. 2142 del Código Civil, según el cual el mandatario obra por cuenta y riesgo del mandante: **qui mandat ipse facisse videtur**; está en pugna con el artículo 1155 **ibidem**, a cuya virtud los herederos representan al causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, siendo entendido que entre aquellos derechos se cuenta el de proponer acciones judiciales, las cuales son heredables en las mismas condiciones que correspondían a su autor; y choca con el artículo 1766 de la misma obra (en armonía con el citado 91 de la ley 153 de 1887), al desconocer que las alteraciones a lo pactado en escritura pública no pueden verificarse para que tengan efecto entre las partes sino por medio de escritura privada o por medio de otras escrituras públicas, salvas las excepciones de que trata el art. 93 de aquella ley. Pretender que se acoja la distinción propuesta por el recurrente y que la Corte acepte la tesis de la sanción por culpa personalísima, con miras a extender la libertad probatoria a casos como el que se considera, es aspirar al quebrantamiento de los conceptos de identidad jurídica de la persona y de representación, que, en su orden, están presentes en la sucesión universal por causa de muerte y cuando hay mandato representativo. Con esa tesis también se llega a propugnar que el régimen probatorio de un derecho es algo contingente y variable, a pesar de la identidad del sujeto en que radica, lo cual va contra elementales principios de Derecho Público, observables en este caso por ser de su domi-

nio la materia de que se trata.

"Nada impide que los causahabientes de un contratante se acojan a la excepción de imposibilidad, prevista en la parte final del artículo 93 de la ley 153 de 1887, para que se les permita usar de todos los medios probatorios contra el negocio que su causante realizó por escrito. Pero para ello tienen que comprobar satisfactoriamente que la persona a quien suceden se vio en tal imposibilidad, física o moral y, por tanto, ella pudo válidamente colocarse en la misma excepción. El Tribunal en el caso de auto no aceptó que Lisandra López v. de Montoya estuviera imposibilitada para crearse la contraestipulación escrita oponible a su contratante; y aunuando contra tal apreciación se ha formulado el cargo de error manifiesto de hecho, ya se ha visto cómo la Corte no lo encuentra fundamentado".

En el pleito de que hoy se trata, en forma explícita se propuso la demanda "en nombre de la sucesión de Pánfilo Mora y para ella", es decir, colocándose los demandantes en el lugar del de cujus y como continuadores de su persona, y el apoderado que celebró el contrato lo hizo igualmente a nombre del mismo Pánfilo Mora; de manera que actuando este señor en el contrato, por medio de sus continuadores o sucesores, era del caso aplicar las disposiciones precitadas de la ley 153 de 1887, como las aplicó y con el sentido que les dió el Tribunal.

Por lo expuesto, el primer cargo de la acusación carece de fundamento y la Corte lo estima inaceptable.

Segundo cargo.—El recurrente le hace la imputación al Tribunal de que no tuvo en cuenta dos elementos probatorios que califica de confesiones de la simulación: la respuesta dada por el demandado al hecho 11 de la corrección de la demanda y lo declarado en la cláusula única de la escritura N° 78 de 15 de marzo de 1950, por la cual Pánfilo Mora revocó el poder que había dado a Gonzalo Mora.

El hecho 11 en referencia, dice:

"No hubo intención por parte del señor Gonzalo Mora de transferir el dominio a nombre de Pánfilo Mora, o la señora Sara Angarita, porque el mismo apoderado al hacer el denuncio sobre la Renta de don Pánfilo Mora, relacionó la finca 'Llano del Ojo' como de propiedad de éste".

La respuesta fue:

"La finca 'Llano del Ojo' figuró en la denuncia del patrimonio de don Pánfilo Mora hecha en el año de 1950, por la sencilla razón de que la venta no se había registrado todavía por dificultades de orden fiscal; por consiguiente, no habiéndose registrado la venta cuando se hizo la denuncia, 'Llano del Ojo' no había salido del patrimonio de don Pánfilo Mora".

Y la cláusula de revocación del poder, dice:

"Que por medio de la escritura número 36 de 17 de febrero del año de 1950 de la Notaría Segunda del Circuito de El Cocuy, el exponente le confirió poder general al señor Gonzalo Mora, varón, mayor de edad, y vecino de El Cocuy, para que de un modo incondicional, es decir, sin limitaciones, vendiera, gravara y dispusiera de la totalidad de los bienes del poderdante; como ese poder fue conferido sin causa ni razón y por el contrario perjudicial a sus intereses, por medio de la presente pública escritura, el exponente declara revocado, sin valor ni efecto legal, y consecuencialmente, extinguido y cancelado el contrato de mandato constituído en la escritura 36, que se deja citada".

La Corte no encuentra en lo transcrito, ni remotamente, las pretendidas confesiones.

La respuesta al hecho 11 es razonable, jurídica y en nada contradice la efectividad de la venta hecha por el apoderado de Gabino Mora a Sara Angarita, porque la escritura 45 de 1950, contentiva del contrato, no se había registrado cuando se hizo la declaración de patrimonio de Gabino, luégo el dominio radicaba todavía, legalmente en cabeza de Gabino Mora. Más aún, refiriéndose la declaración de patrimonio a los haberes de dicho señor en 31 de diciembre anterior, cuando ni siquiera se había otorgado la escritura 45 de 1950, no podía dejar de relacionarse el bien en referencia como de propiedad de Pánfilo.

En cuanto a lo expresado en la revocación del poder (escritura 78 de 15 de marzo de 1950), podrá significar o revelar desagrado del poderdante con el apoderado, pero no simulación de la venta hecha por éste en la escritura 45, pues en el instrumento por medio del cual se revocó el mandato para nada se menciona dicho contrato de compraventa ni siquiera la escritura en que se hizo constar. Lo expuesto basta para desechar el cargo segundo.

Tercer cargo.—Se hace consistir en que el Tribunal desacertó al establecer o llevar hasta un extremo inaceptable la ficción de identidad entre el heredero y su causante, para exigirle a aquél lo mismo que a éste la demostración de haber es-

tado en imposibilidad de proveerse de la contraescritura, principio de prueba por escrito o confesión que le permitiera aducir sin restricciones la prueba testimonial para atacar lo declarado en escritura pública. Estima el recurrente que no habiendo intervenido el heredero en el acto que impugna de simulado, y siendo en realidad una persona distinta, con él no reza la restricción establecida por el inciso final del artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

En primer lugar, el concepto del recurrente es equivocado, porque si el heredero obra en nombre de la sucesión de su causante y es continuador de la persona de él, no puede colocarse en el lugar de persona diferente, goza de los derechos que su antecesor tenía pero está sujeto a las obligaciones, cargas o restricciones que sobre el mismo pesaban y en la materia de que se trata rige el mismo concepto que prevaleció al examinar el primer cargo, particularmente las razones que respaldan la doctrina consignada en el fallo de 8 de junio de 1954, aducido en el examen de dicho cargo.

Por tanto este tercer cargo es también inaceptable.

Cuarto cargo.—Se plantea así:

"El fallo del Tribunal, es violatorio del inciso final del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en relación con los artículos 91 y 92 de la misma ley, 1766 y 1767 del C. C., por errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, por haberse dejado de apreciar las pruebas relativas y que acreditan la situación de imposibilidad en que estuvo el causante don Pánfilo Mora, para obtener la prueba escrita, o el principio de prueba por escrito, o la confesión. Falta de apreciación que llevó al Tribunal a la violación del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, y a su vez, a la de los artículos 1760 y 1767 del C. C. De haber apreciado esas probanzas en consonancia con la prueba testifical, documental e indiciaria, que las complementan en el proceso, habría tenido que reconocer la realidad de la simulación de la compraventa a que se refiere la escritura 45 de 23 de febrero de 1950, de la Notaría Segunda del circuito del Cocuy, declarándolo así en el fallo".

El recurrente respalda su acusación en los testimonios, certificados y demás elementos que ha aducido para demostrar el estado de demencia en que se hallaba Pánfilo Mora cuando otorgó el poder a Gonzalo Mora y cuando éste vendió el inmueble a Sara Angarita, estado que le impedía proveerse de la prueba que le permitiera excepcionalmente valerse del simple dicho de testigos.

En primer lugar, ya se vió y luégo se verá, que cuando el heredero demanda en nombre y para la sucesión de su causante, como ocurre en este caso, al heredero, continuador de la persona del difunto, lo obliga la restricción establecida por la ley para usar la prueba testimonial sin la contraescritura, o el principio de prueba por escrito o la confesión.

Tampoco tiene tal mérito la revocación del poder, por las razones atrás expuestas, particularmente porque en dicho acto no se hace la menor referencia al contrato que se impugna como simulado, y porque resulta de una inconsecuencia protuberante atribuirle a lo declarado en la escritura de revocación mérito alguno, por quien se empeña, como el recurrente, en sostener que en esa época el causante Pánfilo estaba demente.

Quinto cargo.—Se le hace allí el reparo a la sentencia recurrida de que apreció desacertadamente la prueba de indicios llevada a los autos para demostrar la simulación y de que el Tribunal dejó de apreciar ciertos hechos indiciarios, incurriendo a la vez en el error de tomar cada indicio separadamente de los demás y no en conjunto, como los ha debido estimar.

No encuentra la Corte fundado el cargo.

El Tribunal contempló, pesó y calificó todos y cada uno de los indicios, aunque unos en capítulo especial de la parte motiva de la sentencia y otros en diferentes pasajes. Así, no dejó de considerar la alegada falta de recursos de la compradora, que le impedía pagar de contado el precio, pero no el otorgamiento de pagarés, como lo hizo; el parentesco entre ella y el apoderado vendedor; la revocación posterior del mandato, pero sin hacer referencia alguna al acto dispositivo ejecutado ya por el mandante, etc.

Por otro lado, lo más grave contra las imputaciones hechas en el cargo quinto, está en que, como atrás se vió, falta la base probatoria exigida por la ley 153 de 1887 y demás disposiciones precitadas para alterar o desconocer lo pactado en escritura pública, en circunstancias como las que aquí concurren, y porque la apreciación de indicios es de la soberanía del Tribunal de instancia, sin que en la casación pueda rectificarse el criterio con que en la sentencia recurrida se haya estimado esa prueba. Por eso la Corte, en muchos fallos ha sentado y sostenido la doctrina, refrendada en el de 5 de mayo de 1952, de que "...cuando el cargo es por error de derecho en la aprecia-

ción de la prueba, y se trata de la estimación de indicios, no es posible hacer en casación una nueva apreciación de ellos, porque se convertiría la Corte en Juez de tercera instancia".

Por tanto, el cargo quinto tampoco puede ser aceptado

Sexto cargo.—Se refiere a la acción de nulidad absoluta, propuesta subsidiariamente y desestimada por el Tribunal, motivada por el estado de demencia en que, según el demandante se hallaba Pánfilo Mora cuando otorgó el poder general a favor de su nieto Gonzalo Mora, y plantea la acusación así:

"**Acción de nulidad absoluta.** —Subsidiariamente, y para el caso improbable de que no prospere ninguno de los cargos relativos a la acción de simulación, acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de la ley sustantiva —artículo 1502, 1503, 1504, 1740 y 1741 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, en la apreciación de la prueba relativa a la demencia de don Pánfilo Mora, y por interpretación errónea del artículo 553 del C. C.".

Apoya la acusación en el aserto de que "El Tribunal consideró como acreditada con la prueba testimonial, las certificaciones de los médicos que asistieron a don Pánfilo Mora en su enfermedad, la situación de que 'si bien podía estar atacado de demencia senil, ésta dolencia, por los primeros meses del año de mil novecientos cincuenta no tenía los caracteres de gravedad que hiciera completamente incapaz al paciente".

En primer término, el Tribunal apenas admite la **posibilidad** de un principio de demencia senil en el poderdante Mora cuando otorgó el mandato, pero no manifiesta convicción o certidumbre firme sobre el estado demencial. Considerando la exposición completa que sobre este punto como debe apreciarse, y no unas pocas líneas desconectadas del razonamiento en bloque contra la supuesta o pretendida demencia, el Tribunal estima precisamente lo contrario de lo que se le quiere hacer decir. Después de un pormenorizado examen, en 10 páginas de la sentencia (fs. 44 a 48 y v. del cuaderno 4) de los múltiples declaraciones de testigos, la mayor parte de profanos y de cinco médicos, que, con variantes de fondo, se refieren a la presunta demencia, el Tribunal encuentra carentes de mérito los testimonios a que se alude: unos, porque nada les consta a los declarantes, otros porque apenas se refieren al dicho de terceros, otros porque dan cuenta de hechos insignificantes que no alcanzan a patentizar un estado de verdadera perturbación mental, otros porque no relatan hechos sino que se le limitan a dar opiniones, otros porque no dan cuenta ni de la época a que se refieren sus observaciones (de otro lado nada convincentes ni concordantes con las demás, etc.) y en cuanto a las más respetables, las de los médicos, (que tampoco son completamente uniformes), tampoco prestan mérito, porque son típicamente conceptuales, son dictámenes de peritos rendidos en forma de declaración de testigos, lo que es inadmisible.

El Tribunal concluye:

"Todo lo anterior lleva a la conclusión de que no está demostrado que Dn Pánfilo Mora fuera incapaz cuando otorgó el poder general a su nieto el Dr. Gonzalo Mora Angarita. Pero estas consideraciones se ven reforzadas por el dicho mismo de la parte demandante que presta una gran fuerza moral a lo que se deja expuesto.

"Llamado a absolver posiciones el demandante Dr. Gabino Mora A. manifestó ser cierto que él había redactado un borrador para que don Pánfilo Mora otorgara un poder para administración de bienes y que en tal borrador estaba la facultad de vender los bienes raíces, muebles y semovientes del poderdante pero dice que en ningún momento tuvo la intención de hacer uso de esa facultad "pues mis intenciones eran simplemente las de administración para no ir a quitarle nada de los bienes a él y los demás herederos" explicación ésta que no tiene ninguna justificación, pues si se tratara de un siple poder para actos administrativos no se explica por qué el doctor Mora incluyera la cláusula que lo autorizaba para enajenar los bienes de su señor padre.

"Si el Dr. Mora, que es médico, pretendía que su padre le otorgara un poder, debía estar en el convencimiento de que Don Pánfilo no era un incapaz y de que podía concurrir a aquel acto jurídico".

De manera que la minuta del mandatario fue elaborada precisamente por el demandante Gabino Mora, a favor de éste, quien tuvo que estimar que el mandante estaba en su pleno juicio; pero como don Pánfilo se negó a otorgarlo, el borrador sirvió para conferirle el mandato al actual demandado Gonzalo Mora. Esto, francamente no deja bien colocada la posición jurídica del demandante.

Y, de otro lado, para los efectos del recurso las

siguientes doctrinas de la Corte, relativas a la soberanía del Tribunal para apreciar las declaraciones de testigos y la ineptitud del concepto de quienes opinan como expertos, pero dando su parecer como testigos y no en la forma en que se rinde y se da especial tratamiento al dictamen pericial, se apreciará la razón que impide la aceptación del sexto cargo que se examina:

La Corte ha dicho:

"En la balanza, en la labor ponderativa a que lleva la disposición legal del artículo 702 hay un margen incuestionable a lo que solía calificarse de **soberanía** del tribunal para la apreciación de pruebas, y que aun descartado el vocablo 'soberanía' por el peligro de ser excesivo y reducir más allá de lo legal la esfera de acción de la Corte en casación, queda efectivamente dentro del fuero de conciencia que la ley concede al juzgador en instancia o en que descansa en esta conciencia o a ella se refiere. Esa margen implica una valla a la revisión del superior" ,(Casación 16 agosto 1937, XLV 31).

"Cuando la convicción del tribunal sentenciador se ha formado previo el estudio del conjunto de pruebas del proceso y aplicando el art. 702 del C. J., el tribunal obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica. Para que pueda modificarse la apreciación del tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos". (Casación 23 de octubre 1939 XLVIII, 728).

"El artículo 702 del C. J., es una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el sistema de la persuación racional dejando al juez notable margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba". (Casación 19 agosto 1940, XLIX 828).

"No es el número de declarantes lo que da el valor probatorio única y exclusivamente a la prueba testimonial, sino las condiciones y calidad de los testigos, y de ahí el principio del art. 702 del C. J., que da a los juzgadores la facultad de apreciación al respecto dentro de las normas de la crítica jurídica". (Casación, 25 de febrero 1941 L. 752).....

Con respecto a la fuerza, obligatoriedad o mérito del dictamen de peritos, la Corte ha dicho:

"Son cosas sustanciales distintas la prueba testimonial y la pericial. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profesa. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la de un testigo es la expresión de lo que ha visto u oído y nada más. De donde se deduce que la prueba testimonial no es la indicada para un avalúo; la correspondiente es la pericial, que es distinta de la testimonial". (Casación. 12 diciembre 1940 L. 494).

"La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial". (Sentencia Sala de Negocios Generales, 29 agosto 1947, LXII, 868. Por tanto, el cargo sexto es infundado.

Séptimo cargo.—Está concebido así:

"Subsidiariamente, para el caso improbable de que los cargos anteriores, relativos en primer lugar a la simulación, y en segundo, a la nulidad absoluta, no prosperen, acuso el fallo recurrido como violatorio de los artículos 2.637 y 2.674 del C. C., en relación con las disposiciones de los artículos 2.191, 1849, 1928 y 1634 del mismo código, por errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, en la apreciación de la prueba. De hecho y evidente, en cuanto se dejó de apreciar las pruebas relativas al hecho del conocimiento que tuvieron los señores Sara Angarita y Gonzalo Mora Angarita de la revocación del poder general, conferido por don Pánfilo Mora al segundo de los nombrados, pruebas consistentes en la escritura pública 78 de quince de marzo de 1950, de la Notaría Segunda del circuito de El Cerrey, registrada el 19 del mismo mes y año, la nota de registro puesta al pie de esa escritura, y la confesión de los demandados en la contestación de la demanda, y que acreditan que Gonzalo Mora Angarita, mandatario de don Pánfilo y Sara Angarita supuesta compradora de la finca 'Llano del Ojo', tenían conocimiento de la revocatoria del poder general aludido: de derecho porque esta falta de apreciación de aquellas probanzas, llevó al sentenciador a no aplicar los artículos 2637, 2674 del C. C., y

aplicar indebidamente el 2191 ibidem, errores que lo obligaron a quebrantar los artículos 1849, 1928 y 1634 del mismo Código, por falta de aplicación al caso en estudio".

Las pruebas que el recurrente invoca como demostrativas del conocimiento que de la revocación del poder otorgado a Gonzalo Mora, tuvieron éste y la compradora Sara Angarita, son: la escritura 78 de 15 de marzo de 1950 y la respuesta dada por el apoderado de los demandados al hecho 18 de la demanda.

En concepto de la Corte el solo registro de la escritura sobre revocación de un mandato no implica el conocimiento positivo de esa revocación por el mandatario y por terceros, a que se refiere el artículo 2191 del Código Civil. Es verdad que el registro tiene entre otros objetos dar publicidad a los actos que se llevan allí, pero eso no equivale en casos como el presente al conocimiento real, efectivo, como tiene que ser, el que se prevé y considera en el precitado artículo, porque de lo contrario el código habría hecho la salvedad en cuanto a los poderes otorgados y revocados por escrituras públicas, y el texto del artículo 2198, particularmente en su último inciso, da a entender otra cosa, establece un medio más práctico y de eficacia positiva para dar a conocer la expiración del mandato:

Ese artículo dice:

"En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

"Quedará asimismo obligado el mandante como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

"Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante".

Ahora bien, en el caso en litis, no obstante lo expresado en la respuesta al hecho 18 de la demanda, claramente se ve que los demandados no conocieron en realidad la revocación sino con motivo de la demanda, pues las contestaciones a hechos subsiguientes así lo patentizan.

En efecto, el hecho 21 está redactado así: "El poder conferido a Gonzalo Mora por Pánfilo Mora, fue revocado por éste, por medio de escritura pública otorgada en el mes de marzo de 1950 en una de las notarías de El Cocuy. El demandado Gonzalo Mora por conducto de su apoderado contestó: '21.—No me consta', y en la respuesta a nombre de Sara Angarita dijo su apoderado: 'Al 21.—No es cierto. Al menos mi representada no conoce la escritura en referencia".

Por otro lado, en cuanto a Sara Angarita se refiere como compradora, es un tercero, a quien favorecen las disposiciones del artículo 2199, transcrito más arriba, y la del 1634, inciso 2º que reza: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". Y como los pagarés o créditos suscritos por la compradora Angarita los había otorgado directamente a favor del mandatario de don Pánfilo, ella procedió bien al pagárselos al que los tenía.

Otra cosa serán las responsabilidades que pesen sobre el mandatario general Gonzalo Mora en favor del mandante, deducibles en la oportunidad debida, pero esas responsabilidades en nada afectan a la compradora y, consiguientemente no pueden implicar resolución del contrato de compraventa por falta de pago.

Por tanto, se desecha el cargo.

Cargo octavo.—Dice el recurrente:

"**Rescisión por lesión enorme.**— Subsidiariamente presento para el caso improbable de no éxito de los cargos anteriores y en el orden en que han sido presentados, el de ser el fallo violatorio por errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, en la apreciación de la prueba pericial, del artículo 721 del C. J., y consecuencialmente del 1947 del C. C., por falta de aplicación.

"En efecto, la prueba pericial fue practicada en combinación con la de inspección ocular; y en ella intervinieron avaluadores nombrados por las partes, y el tercero por el Juez, por falta de designación por los primeros. Actuaron así los avaluadores señores doctor Miguel Tarazona Gutiérrez, don Joaquín Valderrama C., como principales y el doctor Alfonso Uribe Maldonado como tercero. Los peritos principales no estuvieron de acuerdo, de allí, la intervención del tercero y la presentación de los dictámenes por separado".

El avaluador Tarazona Gutiérrez le dió al inmueble materia de la compraventa un valor de

$ 170.000.00 en la fecha del contrato; el perito Valderrama le dió el valor de $ 70.000.00 para la misma época; y el perito Uribe Maldonado adhirió a la apreciación dada por Tarazona, o sean $ 170.000.00.

El recurrente ataca la sentencia de segunda instancia porque no se reconoció el mérito de plena prueba al concepto uniforme de los peritos Tarazona y Maldonado, incurriendo el fallador en los errores de hecho y de derecho que la imputa el recurrente por no haber tenido en cuenta aquella uniformidad de pareceres y haberlos desestimado sin motivo.

El Tribunal apoya su actitud o decisión en las siguientes razones:

"La parte demandada adujo las declaraciones de varios testigos que declaran sobre la situación conflictiva de mucha gravedad que se presentó en El Cocuy, por la época del contrato Mora-Angarita, y que se debió a los acontecimientos de violencia por todos conocidos.

"Para saber si realmente tiene razón la parte actora, es indispensable analizar los dictámenes periciales, para saber si ellos pueden llevar al ánimo del Juez la certidumbre de que el precio pactado entre Gonzalo Mora, apoderado de Pánfilo Mora, y Sara Angarita, es un precio tan inferior al justo precio de la finca al tiempo del contrato, que haga viable la acción de rescisión por lesión enorme.

"La primera obligación del perito, para que pueda considerarse su dictamen, es la de fundamentarlo y explicarlo debidamente, pues el perito desempeña el papel de auxiliar del Juez, para ilustrar su criterio en aquellas materias que escapan al conocimiento técnico del juzgador, que no está obligado a poseer conocimientos universales. La prueba pericial, según Bonnier, 'es un cristal que agranda los objetos, el juez es quien tiene la facultad de servirse de ella, de examinar con toda libertad si las imágenes que presenta son enteramente claras. Los peritos son, propiamente hablando, auxiliares del Tribunal' por esto se considera que la simple prueba pericial no demuestra ella sola la lesión, sino que es preciso que el dictamen pericial tenga fundamentos debidamente respaldados por los hechos y por otra serie de pruebas tan graves y convincentes que no dejen duda sobre el quebranto en el pattimonio de quien alega la lesión. Si no fuera así, el perito vendría a convertirse en fallador y el Juez no tendría otra misión que la de aplicar ciegamente la regla aritmética y declarar que existe la lesión si el precio que figura en el contrato es inferior a la mitad del precio que señalen los peritos, sin entrar en consideraciones de ningún otro orden.

"La parte actora solicitó y obtuvo la práctica del avalúo pericial para que, por ese medio, se estableciera el justo precio de la finca en el momento del contrato de compraventa.

"Las partes designaron peritos así: por el demandante el Dr. Miguel Tarazona Gutiérrez, por los demandados el señor Joaquín Valderrama C., y como éstos no estuvieron de acuerdo el juzgado nombró como perito tercero al Dr. Alfonso Uribe Maldonado.

"El perito Dr. Tarazona Gutiérrez determinó que el precio justo de la finca 'Llano del Ojo' el día 23 de febrero de 1950, debía ser la cantidad de ciento setenta mil pesos. Veamos si este concepto está debidamente fundamentado, para que pueda ser atendido por el juzgador.

"Dice el perito que recorrió la finca 'Llano del Ojo' y afirma que la extensión de la finca es de unas cuatrocientas cincuenta hectáreas, distribuídas así: tierra de primera clase, unas treinta hectáreas; de segunda y de tercera clase, unas cien hectáreas; y el resto (unas trescientas veinte hectáreas) de tierra de cuarta y de quinta clase; anota que la tierra de primera clase es útil para el cultivo de pastos, de papa y de cebada, la tierra de segunda y de tercera clase sirve para cultivo de papa y para cría de ovejas, y la de cuarta y quinta clase para cría de ovejas y ganado de levante. La temperatura media de la finca es de diez grados centígrados y afirma que dista de la población de El Cocuy ocho kilómetros. En este punto parece equivocado el señor perito, pues en la diligencia de inspección ocular a la que él asistió, se dice '...se encaminaron del centro de la población de El Cocuy hacia la finca denominada 'Llano del Ojo', en la vereda de Primavera, de la jurisdicción de El Cocuy. Después de recorrer catorce kilómetros más o menos el personal indicado se presentó en la mencionada finca de 'Llano del Ojo'.....".

Esta diligencia se practicó el día 20 de agosto de 1951.

"Continúa el señor perito Dr. Tarazona, quien actúa según él mismo lo advierte como perito avaluador nombrado por la parte demandante, haciendo un somero análisis de las condiciones de la finca, para terminar manifestando que se observaron varios cultivos de papa y agrega: 'En concepto de los conocedores y de los cultivadores

de la región, es el mejor cultivo por su calidad **que existe hoy en el Cocuy** (subraya el Tribunal) y le calculan una cosecha de mil (1.000) cargas al cultivo de tierra nueva; unas doscientas cargas al cultivo de segundo año (rienda), de la tierra de primera; y unas trescientas cargas a los cultivos que hay en la tierra de segunda y tercera clase. El resto de la tierra de primera clase se encuentra en descanso, por haber sido ya cultivada en años pasados, y otro sector considerable, sin cultivo de primera vez, el cual se explota actualmente con pastos".

"Sobre estas bases edifica su dictamen pericial y hace cálculos para llegar a la conclusión de que la finca produce una utilidad líquida al año de veintidos mil quinientos pesos, sin contar con los productos de ganados vacuno y lanar. Pero todos esos cálculos y esas cuentas, parte de una consideración que es inaceptable para darle mérito probatorio al dictamen, puesto que el mismo perito afirma que el cálculo de la cosecha de papa se estima en mil quinientas cargas, en concepto de los conocedores y de los cultivadores de la región. Es decir, el perito no conceptúa por su propio conocimiento sino por el concepto de terceros, cosa que no le da ningún valor al dictamen.

"Además el señor perito estima que por el hecho de que una sementera de papa dé un rendimiento de mil quinientas cargas en un año, cosa que no demostró, ese rendimiento es permanente y no es susceptible de aumento ni de disminución, lo que es absurdo en tratándose de cultivos agrícolas, especialmente papa, que son por demás eventuales. El señor perito parece estimar que una finca dedicada al cultivo de la papa puede equipararse a una cédula del Banco Central Hipotecario, que dá el mismo rendimiento durante veinte años.

"Otro factor que toma en cuenta el señor perito es de un contrato de arrendamiento de la finca en el que se pacta un canon de quince mil pesos por año, pero este contrato no aparece por ninguna parte y además el señor perito estima que ese canon, durará quince años, sin dar ningún fundamento a esta apreciación.

"Por su parte el señor perito don Joaquin Valderrama C., fija como precio de la finca 'Llano del Ojo', para el tiempo del contrato, la cantidad de setenta mil pesos pero no da ninguna razón en cuanto a las condiciones mismas de la finca, pues como único fundamento de su dictamen se refiere a las circunstancias de órden político que a la sazón atravesaba las regiones limítrofes a la finca. Esto no es ni siquiera un principio de dictamen y no aporta ninguna luz al juzgador; de tal suerte que debe desestimarse por inocuo el concepto del señor Valderrama.

"Llamado el perito tercero Dr. Uribe Maldonado fue de concepto que el precio de la finca 'Llano del Ojo' para el tiempo del contrato de compraventa, es de ciento setenta mil pesos ($ 170.000), o sea, el mismo que le fijó, sin fundamento alguno digno de tenerse en cuenta, el perito Dr. Tarazona. La opinión del Dr. Uribe Maldonado la fundamenta, primero en el precio de $ 40.00 que tenía la carga de papa en la región de El Cocuy en el año de 1950 y segundo que como el perito nombrado para avaluar los bienes de la sucesión de Dn. Pánfilo Mora, le asignó a la finca 'apreciándola como derechos litigiosos' la cantidad de ciento treinta mil pesos, 'es de suponer que la finca 'Llano del Ojo' en el año de 1950, y en la fecha en que se hizo la venta, tenía que ser de mayor valor del calculado por el perito oficial Dr. Vásquez, hoy como derecho litigioso y esta razón sumada a las anteriores, me formaron el concepto sobre el justo precio de la finca en la fecha en que se otorgó el instrumento público de venta'.

"Las razones anteriores a que se refiere el señor perito son la descripción que hace de la finca; y el contrato de arrendamiento que dice existía en el año de 1951, con un canon de quince mil pesos al año, contrato cuya existencia no se ha demostrado, ni se refiere al mes de febrero de 1950, que fue cuando se otorgó la escritura de venta. En cuanto a las mejores ofertas de pago de arrendamiento para el año de 1952, ni se demostraron ni dicen nada en relación con el tiempo del contrato que celebraron Gonzalo Mora y Sara Angarita.

"No surge por ninguna parte la conclusión que saca el señor perito de que el precio de la finca en el año de 1950 debía ser superior al que le fijó a los derechos litigiosos el perito de la Nación, el 29 de marzo de 1951. Es de suponer, son las palabras del señor Perito, pero esta suposición no está respaldada por nada.

"Todo lo anterior demuestra que los dictámenes periciales carecen por completo de fuerza probatoria pues no reúnen los requisitos que la ley exige, en cuanto a uniformidad, y sobre todo, al fundamento sólido, que permita al juez estimarlos debidamente (art. 721 del C. J.).

"No es el caso de entrar a estudiar el artículo

721 inciso 2º del Código Judicial, que estatuye qué debe hacer el Juez cuando existe desacuerdo entre las cantidades que señalan los expertos, porque esto tiene lugar en el caso de que los dictámenes no sean desechados porque hayan sido rendidos con los debidos fundamentos; pero cuando esos dictámenes se rechazan por ser infundados lo que sucede, sencillamente, es que se consideran como no existentes y por lo tanto con tales conceptos periciales nada se ha probado.

"Estos motivos para la desestimación de la apreciación pericial están suficientemente respaldados con la doctrina de la Corte, contenida en el fallo de 2 de septiembre de 1954 (Gaceta Judicial Nº 2146, pág. 549) y que refrendó la jurisprudencia sentada en diversas sentencias anteriores, como las que en seguida se resumen:

"Estos principios generales en que se informa el moderno derecho probatorio que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuación racional del juez en el proceso de avaluación probatoria de los procesos judiciales, alejándolo cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio, deformando su misión esencial de impartir justicia, estaban consagrados, en lo que a la prueba pericial se refiere, en el art. 79 de al ley 105 de 1890, hoy derogada, que disponía que 'la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el juez o los magistrados, al fallar en definitiva, teniendo en consideración las razones en que fundan su dictamen los peritos, y las demás pruebas que figuren en el expediente. En consecuencia, corresponde a los magistrados y jueces el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimados para decidir la controversia. Pero expresarán las razones de su determinación'. No se opone a seguir aplicando esas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones al respecto, atrás copiadas, que no pueden constituir un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los arts. 721 y 722 se dó al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. 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 está **debidamente fundamentado.** En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba 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 las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos". (Casación de 9 de mayo de 1935, XLVI, pág. 421).

"La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido nunca aceptada por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los arts. 722 y 723 del C. J., que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valorización de los fundamentos de un dictamen: esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. El texto e interpretación del art. 722 del C. J., no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El art. 723 coloca al juez en un plano de apreciación muy amplio, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de juez". (Casación 17 agosto 1944, LVII, 523).

"El fallador no está obligado a considerar el dictamen pericial como plena prueba sino en tanto que él, por las explicaciones y fundamentos que contenga el acta respectiva, le lleve al ánimo la convicción de que la regulación numérica está ajustada a la realidad de los hechos". (Casación 18 noviembre 1941, LII, 762).

La prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor pro-

batorio del peritazgo. No es un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones. Estos principios están sintetizados en sentencia de casación del 9 de mayo de 1938, publicada en el tomo XLVI, pág. 422 de la Gaceta Judicial". (Casación, 20 de agosto 1943 LVI. 66. Sentencia 27 agosto 1947, LXII 683).

En fuerza de las consideraciones expuestas se estima que no hay motivo que justifique la impugnación contenida en el cargo octavo y último.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase en oportunidad al tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.— Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS

1.—El testamento, según el artículo 1055 del C. C., "es un acto más o menos solemne". Así pues, el testamento es siempre un acto solemne, lo que vale decir que su existencia jurídica depende del cumplimiento de las formalidades externas exigidas por la ley en cada caso: FORMA DAT ESSE REI. Expresa el artículo 1064 del C. C. que "el testamento es solemne o menos solemne" y agrega: "TESTAMENTO SOLEMNE es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El MENOS SOLEMNE o PRIVILEGIADO es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley". Aún en los testamentos solemnes, no privilegiados, puede haber mayores o menores formalidades externas. Así el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse ante notario o ante sólo testigos, siendo éste último menos solemne que el primero, pues en materia testamentaria la mayor solemnidad es la presencia del notario, funcionario del Estado que dá fe pública de la ejecución del acto y por lo mismo se hace responsable de cualquier inexactitud o falsedad en su otorgamiento.

2.—Según los artículos 1070 y 1071 del C. C., el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse o bien ante notario y tres testigos, o bien ante solo cinco testigos. Pero la ley no permite esta última forma sino en dos casos: a) "en los lugares en que no hubiere notario", o sea, en los municipios que no fueren cabecera de Circuito de Notaría; b) en el caso de que "faltare este funcionario", o sea, por falta accidental del notario, por no hallarse "expedito" (C. C., artículo 2578), a causa de ausencia del lugar, enfermedad u otra circunstancia semejante. La Corte ha dicho que "la ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar en que ha de otorgarse el testamento no hubiere notario, o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción, la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos" (Casación: abril 16 de 1942, LIII, 330; agosto 25 de 1947, LXII, 666).

3.—Las formalidades esenciales que deben observarse en el testamento abierto ante cinco testigos, son las mismas exigidas respecto del testamento nuncupativo ante notario y tres testigos, a más de las que están destinadas a darle el carácter de documento público de que carece inicialmente. Entre uno y otro testamento no hay más diferencia que la sustitución del notario por dos testigos más. Tales solemnidades son las siguientes (C. C., artículos 1072, 1074 y 1075): a). La presencia de cinco testigos a quienes el testador hace sabedores de sus disposiciones, que es "lo que constituye esencialmente el testamento abierto"; b). La presencia del testamento "en todas sus partes por el testador" y "por unos mismos testigos"; c).La declaración de las disposiciones testamentarias, hecha por el testador a los cinco testigos; d). Escrito el testamento, su lectura total en alta voz "por uno de los testigos designado por el testador a este efecto", estando "el testador a la vista" y hallándose presente los testigos "que oirán todo el tenor de sus disposiciones"; e). Las firmas del testador y de los cinco testigos, una vez concluida la lectura, hallándose conforme con ella el testador. Si éste "no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa", y "si se hallare otro de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así".

4.—Desde el principio hasta el fin, el otorgamiento del testamento debe ser presenciado por unos mismos testigos. No pueden los testigos o algunos de éstos hallarse presentes a solo una parte del acto y oir algunas disposiciones testamentarias, y ausen-

tarse dejando otro u otros testigos que presencien el resto de la lectura y su firma. Cuando la ley requiere la presencia del testamento en todas sus partes por el testador y los testigos, manifiesta claramente la exigencia de la unidad del acto en cuanto al tiempo, aunque de modo expreso no lo disponga así como en el testamento cerrado, respecto del cual establece el inciso 7º del artículo 1080 del C. C. que "durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere". La unidad del acto testamentario, cuanto a las personas y cuanto al tiempo, era regla consagrada por el derecho romano y la ley de Partidas, fuentes del código chileno en el establecimiento del testamento nuncupativo, reglamentado de igual manera en la legislación colombiana. Tal regla es exigida en el otorgamiento del testamento abierto ante cinco testigos, conforme al parecer unánime de la doctrina de los expositores colombianos y chilenos.

5.—Como el testamento nuncupativo celebrado ante solo testigos, es inicialmente sólo un documento privado en cuyo otorgamiento no ha intervenido notario ni otro funcionario público, la ley exige el cumplimiento de determinadas diligencias ante juez competente para convertirlo en documento público. Tales son las diligencias que la ley llama de publicación y que algunos autores denominan de legalización, las cuales constituyen formalidades esenciales del propio acto testamentario, sin cuyo cumplimiento el testamento carece de existencia jurídica. Los artículos 1077 del C. C. y 933 del C. J. señalan los requisitos y trámites que deben seguirse para la publicación del testamento nuncupativo otorgado ante testigos. El juez competente, a quien se haga la petición acompañada del testamento y de la prueba de la muerte del testador, hace comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otra causa, bastará que los testigos presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes. En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas. Los testigos instrumentales reconocen sus firmas y la del testador mediante declaración jurada tomada por el juez con las mismas formalidades con que se recibe cualquier testimonio. Aunque en principio, la deposición de los testigos instrumentales se reduce al mero reconocimiento de sus firmas y de la del testador, el juez puede formular las preguntas tendientes a esclarecer y completar su declaración a fin de cerciorarse si en verdad se ha realizado el otorgamiento del testamento por la persona a quien se atribuye y ante los testigos que aparecen en él como tales y que lo suscriben. Recibidas las correspondientes declaraciones, el juez y su secretario pondrán sus rúbricas en cada página del testamento, y después de haberlo declarado el juez testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará protocolizar junto con todo lo actuado, al notario respectivo, previo el correspondiente registro. Con el lleno de las anteriores formalidades, el testamento nuncupativo que sólo fue otorgado como instrumento privado, queda convertido en instrumento público. "Sin esta publicación —como dice Claro Solar— el otorgamiento del testamento puede decirse que no está terminado". Las diligencias judiciales de publicación del testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos, constituyen acto de jurisdicción voluntaria y no juicio contencioso entre las partes. No puede admitirse, en consecuencia, gestión de persona interesada en oponerse al perfeccionamiento del acto testamentario. Desde luego, la resolución del juez con que terminan las diligencias, al declarar nuncupativo el testamento y ordenar su protocolización, no implica el desconocimiento de los derechos de quienes quieran demandar en juicio ordinario la nulidad del testamento, aduciendo allí las pruebas correspondientes.

6.—El testamento nuncupativo en que se omitiere cualquiera de las formalidades esenciales o requisitos externos anteriormente señalados, "no tendrá valor alguno", según el artículo 11 de la Ley 95 de 1890. Tratándose de un acto solemne, en general, la omisión de una de esas formalidades esenciales acarrea la invalidez o nulidad absoluta del testamento, con aplicación de la norma general consagrada en el artículo

1741 del C. C. De consiguiente las formalidades anteriormente mencionadas atinentes a la unidad del acto testamentario cuanto al tiempo y cuanto a las personas; son exigidas por la ley como requisitos AD SOLEMNITATEM cuya preterm isión engendra nulidad absoluta. Se objeta que de esta manera por la exigencia rigurosa de tales formalidades, se menoscaba la libertad de testar y se desconoce la legítima voluntad del testador. Esta objeción carece de valimiento. La ley exige tales requisitos externos en atención a la naturaleza misma del acto testamentario, no por mero e inútil formalismo. Se quiere que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne, para que quede una prueba preconstituída sobre sus disposiciones y se evite en lo posible el fraude y las falsificaciones y para que un acto de tanta importancia y trascendencia en la vida jurídica se cumpla en la forma más clara precisa y reposada. Como decía Jaubert, uno de los informantes del Código de Napoleón, "los testamentos se otorgan en el último momento de la vida, y por esto es útil multiplicar las precauciones en favor de un individuo que puede estar sitiado por la intriga y la codicia".

Corte Suprema de justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho (28) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente doctor Manuel Barrera Parra)

La Corte decide sobre la demanda de casación introducida por algunos de los demandados, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 12 de septiembre de 1954 en el juicio ordinario sobre nulidad del testamento abierto otorgado por Servando Peñarete o Castellanos.

I—Antecedentes:

1. Por escritura Nº 7, de 11 de abril de 1951, extendida en la Notaría Primera del Circuito de Chiquinquirá, fueron protocolizadas las diligencias judiciales de publicación del testamento nuncupativo de Servando Peñarete adelantadas en el Juzgado Primero Civil del Circuito de aquella misma ciudad.

2.—El 1º de junio de 1949 Servando Peñarete o Castellanos, vecino de Sutamarchán, había otorgado testamento abierto ante testigos, en el cual instituyó como herederos a Leovigildo, Jesús y Clodocindo Coy, Agustín Laitón, Alberto Sierra, Salatiel y Luis A. Suárez, Demetrio Rodríguez y Manuel Zafra, y como legataria a Demetria R. de Coy.

3.—El testador falleció en Sutamarchán el 27 de noviembre de 1950.

4.—El Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá en providencia del 26 de noviembre de 1951 declaró nuncupativo dicho testamento y ordenó la protocolización notarial de lo actuado.

5.—En libelo fechado el 11 de julio de 1951, Publio Horacio Peñarete o Castellanos promovió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá demanda ordinaria para obtener la declaración de nulidad absoluta del mencionado testamento, dirigiendo su acción contra la totalidad de los asignatarios antes nombrados.

6.—Entre los hechos fundamentales de la demanda, el actor afirma que "el testamento no fue otorgado con el lleno de las formalidades legales", porque "fue leído por el testador y no por uno de los testigos designados por él", y "solamente en presencia de los testigos Luis A. Villamil y Urbano Castellanos"; porque otros de los testigos "no estuvieron presentes en el momento en que el testador leía o daba a conocer su testamento", y "no vieron cuando el testador estampó su firma", ni vieron firmar a los demás testigos; porque el testamento fue firmado por algunos de los testigos "cuando ya había sido leído y firmado" por dos de ellos y por el testador, y porque "el día en que el testamento fue otorgado, el testador se encontraba en buenas condiciones de salud", y sólo vino a fallecer al "año y cinco meses después, sin haber testado en la forma ordinaria."

7.—Como el actor, protestando no faltar a la verdad, manifestara en el libelo de demanda que desconocía la vecindad de los demandados, se ordenó citarlos al juicio por medio de edicto emplazatorio en la forma prescrita por la ley.

8.—Leovigildo, Jesús y Clodocindo Coy, Agustín Laitón, Alberto Sierra, Salatiel y Luis A. Suárez, y Demetrio Rodríguez, comparecieron al juicio y acreditaron apoderado, quien descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor.

9.—A los demandados Manuel Zafra y Demetria R. de Coy, quienes citados no se hicieron

presentes, se les proveyó de curador ad litem y éste a nombre de sus representados también contradijo la demanda.

10.—El Juzgado del conocimiento en sentencia del 12 de noviembre de 1953 declaró absolutamente nulo el testamento a que se refiere el presente negocio.

11.—Instada dicha decisión por la parte actora ante el Tribunal Superior de Tunja, éste la confirmó en fallo del 14 de septiembre de 1954.

12.—Los demandados Leovigildo, Jesús y Clodoaldo Coy, Demetrio Rodríguez y Alberto Sierra, interpusieron el recurso de casación, el cual les fue concedido y admitido, hallándose el negocio en estado de ser resuelto por la Corte, después de haber sufrido la tramitación legal correspondiente.

III—Sentencia recurrida.

En la sentencia acusada el Tribunal, después de exponer varios principios doctrinarios en cuanto al otorgamiento del testamento nuncupativo ante cinco testigos, consigna las siguientes consideraciones como fundamento de su decisión:

"Para beneficiar su acción presentó la parte actora, con la demanda, copia debidamente registrada de la escritura número 7 de 11 de abril de 1951, otorgada en la Notaría Primera de Chiquinquirá, por medio de la cual se protocolizaron las diligencias de publicación del testamento nuncupativo de Servando Peñarete (fls. 1 y siguientes. C. Nº 1), y en el término probatorio de la primera instancia las declaraciones de los señores José, Sebastián y Jorge A. Velásquez tendientes a establecer que, por haber conocido los testigos y haber tenido trato y comunicación con Servando y con Publio Horacio, hijos naturales de Consejo Castellanos, les constaba que ambos en un principio se firmaban con el apellido 'Castellanos' y luego con el de "Peñarete." (Folios 5 y siguientes. C. Nº 3).

"De las declaraciones rendidas en las diligencias de publicación por los testigos instrumentales del testamento sobre que versa la demanda que se considera, señores Luis A. Villamil, Urbano Castellanos, Rubén Alvarado, Baudilio Reyes y Tobías Castellanos Burgos aparece esto que el Tribunal transcribe de cada uno de los testimonios por ser pertinente a la causa de la acción de nulidad incoada;

"De la declaración de Luis A. Villamil: "Es cierto que la firma que dice "Servando Peñarete" fue escrita por él mismo el día primero de junio del año pasado en un punto llamado 'El Lindero' de la jurisdicción de Sutamarchán. Dicha firma la escribió delante de mí y de Urbano Castellanos, porque en ese momento no estábamos sino los dos; mejor dicho cuando nosotros prestamos las firmas no se encontraba ninguno de la demás firmantes. Los únicos que vimos firmar el testamento del señor Peñarete fue Urbano y yo, los otros testigos estaban ausentes".

"De la declaración de Urbano Castellanos: 'El testamento que se me pone de presente y en el cual aparece la firma del Sr. 'Servando Peñarete' fue escrita por él mismo, el día primero de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, en la casa de él situada en punto llamado 'El Lindero', de la jurisdicción del Municipio de Sutamarchán; yo me hallaba ese día en mi casa, que queda a unas diez cuadras más o menos de distancia de la de él, cuando dicho señor Servando Peñarete me mandó llamar para que sirviera de testigo en el testamento que iba a hacer, para sus muchachos que lo estaban acompañando. El firmó delante de Alberto Villamil y mi persona, que éramos los únicos testigos que en ese momento estábamos presentes. Los otros que firman el testamento no se hallaban en ese momento. Como ya lo he dicho los únicos que estábamos cuando el señor Peñarete firmó el testamento era Luis Alberto Villamil y yó; de testigos nadie más se encontraba allí";

"De la declaración de Rubén Alvarado: 'Un día que bajaba yo para el pueblo de Sutamarchán, por un camino real que pasa por cerca a la casa del señor Servando Peñarete, no recuerdo si fue el primero de junio o de julio del año de mil novecientos cuarenta y nueve, dicho señor me mandó llamar con un jovencito pequeño, diciéndome que me necesitaba el patrón Servando, y yo no sabía para qué era. Una en la casa del señor Peñarete, me dijo: "Lo mandé llamar para esto Rubén: que me haga el favor de prestarme una firma sobre un testamento que le hice a mis muchachos; él ya había firmado el testamento y me dijo: esta es mi firma, y me leyó el testamento, para yo echar mi firma. Yo no estuve presente cuando él firmó, pero me dijo que reconociera la firma que era la de él; todo esto le dije a los demás testigos y les leía el testamento. .....No me consta que los otros testigos hayan visto firmar al señor Peñarete; cuando yo firmé ya había dos firmas más".

"De la declaración de Baudilio Reyes: "Un día bajando yó del campo a coger carretera para Providencia, pasando por un punto llamado 'El

Lindero', estaba el finado Servando Peñarete, en el patio de su casa, y nos llamó a Tobías Castellanos y a mí; los he llamado, nos dijo, para que me hagan el favor de servir de testigos en un testamento que les hice a mis muchachos que me estaban acompañando, y que le hiciéramos el favor de prestarle una firma. Esto fue en los primeros días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y nueve. La firma que aparece al pié del testamento que se me pone de presente y que dice 'Servando Peñarete', yo no la vi echar; anteriormente yo le conocía la firma al difunto Servando, es igual a la que se halla estampada en el testamento; para nosotros poder firmar, le exigimos que nos leyera el testamento, y cuando acabó su lectura, nos dijo que reconociéramos su firma, que si la conocíamos y nosotros le dijimos que sí, que era la misma que habíamos visto en otras ocasiones. Cuando nosotros firmamos ya había dos firmas más en el testamento, la de Luis Alberto Villamil y Urbano Castellanos, me parece. ..... Tampoco vi firmar a ninguno de los otros testigos".

"De la declaración de Tobías Castellanos Burgos: "Por ahí en los primeros días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, bajaba yo en compañía de Baudilio Reyes, de nuestro campo, a cóger carro en Providencia para venirnos para Chiquinquirá, veníamos frente a un sitio llamado 'El Lindero' de propiedad del difunto Servando Peñarete, aquí volvimos a voltiar para el lado de la casa de dicho señor Peñarete, quien se hallaba en el patio de su casa; nosotros lo saludamos y él también saludó; luego nos llamó que entráramos y nosotros le atendimos; estando con él nos dijo: 'Hágame el favor y me hacen un servicio', nosotros le contestamos que con mucho gusto señor Peñarete; acto continuo nos dijo; 'Hágame el favor y me prestan una firmita en este testamento, a mis muchachos que me han acompañado; él leyó el testamento y dijo; yo estoy firmando ya en él y esa es mi firma'. Nosotros después de que leyó el testamento, firmamos y reconocimos que la firma que dice 'Servando Peñareté' es la misma que siempre ha usado, además es la misma que muchas veces le habíamos visto escribir a él ..... Cuando nosotros firmamos ya estaban firmados otros, un señor Luis Alberto Villamil, y un Urbano Castellanos. No me consta si el señor Peñarete haya firmado delante de los otros testigos porque yo no los vi ..... cuando firmé el testamento, como dije antes, ya había unas firmas; no me consta si ellos hayan visto firmar al señor Peñarete, ni yo tampoco lo vi firmar a los demás testigos'.

"Como las declaraciones que en lo pertinente se dejan transcritas, no fueron producidas en el presente juicio, tienen la condición de prueba trasladada, y por tal concepto los testigos que las rindieron debían haberse ratificado en este proceso, de acuerdo con el principio general de derecho probatorio de que lo que comunica valor a las pruebas es su condición de públicas y controvertidas, por ser la que le otorga garantía de verdad; y tutela el derecho de defensa.

"Sin embargo en concepto de la Sala Falladora tal omisión no desvirtúa el valor probatorio de los aludidos testimonios, porque las diligencias de publicación en que éstos se produjeron, fueron incoadas —lo mismo que su recepción— por la casi totalidad de las personas que hoy figuran como demandados en su condición de asignatarios testamentarios, y en dichas diligencias actuó también quien en este juicio figura como parte actora, estructurándose así los requisitos que, en conformidad con el principio de derecho probatorio en referencia, confieren pleno valor a la prueba trasladada.

"Pero aunquando lo anterior no fuera así, no por ello podría desestimarse la acción de nulidad impetrada bajo el concepto de no haberse demostrado por el actor los hechos que le sirven de fundamento, porque constituyendo jurídicamente el testamento nuncupativo otorgado ante testigos y las diligencias de su publicación un solo acto, y resultando de ellas mismas en forma ostensible la existencia de hechos que legalmente generan su nulidad, el Juez está ligado a su pronunciamiento oficioso, concurriendo, como concurren en el caso de autos, los requisitos que para ello son necesarios, y de que ya se hizo mérito. En efecto:

"Las declaraciones de los testigos instrumentales que el Tribunal transcribió en lo pertinente para poner de manifiesto la realidad del hecho, no dejan duda alguna acerca de que el testamento de Servando Peñarete carece totalmente de las formalidades que la ley establece para los testamentos nuncupativos ante testigos, y que son de su esencia, toda vez que ni su otorgamiento se cumplió en un solo acto, ni en él estuvieron presentes todos los testigos, los cuales estamparon su firma en época o momentos sucesivos diferentes, adoleciendo así dicho acto de la falta de unidad jurídica en cuanto al tiempo y en cuanto a las personas, exigidas por la ley como requisito **ad solemnitatem**.

"Este vicio es manifiesto y su existencia resulta del mismo acto testamentario en virtud de la unidad que, como ya se dijo, hay entre éste y su publicación tratándose del testamento nuncupativo ante testigos; fue alegado por quien tiene interés legítimo en su ineficacia y frente a quienes pretenden derivar derechos de su vigencia, y produce la nulidad absoluta del testamento, a términos de lo dispuesto por el ya citado artículo 11 de la Ley 95 de 1890, y consecuencialmente la de sus registros".

III—Demanda de casación.

El recurrente se acoge a las causales de casación primera y sexta del artículo 520 del C. J.

Los cargos son estos:

1º—Por la causal sexta, la sentencia debe invalidarse porque se incurrió en la causal de nulidad señalada en el numeral 3º del artículo 448 del C. J.;

2º—Por la causal primera, el fallo debe casarse, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas, error que se produjo por la infracción del artículo 693 del C. J. y "que condujo a la violación, por interpretación errónea, de los artículos 1064, 1072 y 1074 del Código Civil, y por ende, a la aplicación indebida del artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que reemplazó al 1083 del Código Civil"

3º—Por la misma causal primera, la resolución acusada debe infirmarse por infracción de la ley sustantiva, a causa de interpretación errónea de los artículos 1064, 1072 y 1074 del Código Civil e indebida aplicación del artículo 11 de la Ley 95 de 1890.

IV—Examen de los cargos.

En orden lógico examina la Sala las causales aducidas.

Causal sexta.—Según el numeral 6º del artículo 520 del C. J. es motivo de casación "haberse incurrido en alguna de las causales de que trata el artículo 448".

El recurrente expone el cargo e indica la nulidad así:

"Alego especialmente la señalada en el numeral 3º de dicho artículo: "La falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

"De conformidad con el artículo 317 del C. J. "si la residencia del demandado no es conocida" se le emplaza por edicto y si no comparece se le nombra Curador para la litis. En este negocio la vecindad de los demandados era conocida para el actor y para el Juzgado porque ella estaba mencionada expresamente en la cláusula sexta del testamento (folio 2 vuelto, cuaderno principal) acompañado por el actor a su demanda. Ni el demandante, ni autoridad alguna expresó que alguno de los demandados hubiera cambiado de vecindad y que la nueva fuera ignorada. Y como "la protesta de no faltar a la verdad que hizo el demandante sólo es admisible (artículo 205 del C. J.) cuando la vecindad o residencia "no es conocida", síguese, con evidencia, que el emplazamiento y designación de Curador ad-litem en este juicio fueron prematuros, improcedentes, ligeros, dando lugar a la nulidad que alego".

Se considera:

De acuerdo con la disposición del artículo 205 del C. J., la demanda principal, o sea, la petición con que se inicia un juicio debe contener el nombre de las partes, "su vecindad o residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad".

En el libelo de demanda con que se inició el presente juicio, el actor manifestó textualmente:

"Como desconozco la vecindad de los demandados, afirmación que hago con protesta de no faltar a la verdad, solicito del señor Juez dé aplicación a lo dispuesto por el artículo 317 del C. J., ordenando el emplazamiento de rigor".

Esta manifestación era suficiente para que el juez de la causa ordenara el emplazamiento previsto en el primer inciso del artículo 317 del Código Judicial, que "no exige prueba ninguna al respecto, como sí la exige en el caso de que trata el inciso 2º de la misma disposición", como lo ha advertido esta Sala (Casación: julio 14 de 1954, T. LXXVIII, 78).

La circunstancia de que el testador hubiera señalado la vecindad de los asignatarios en el año de 1949, no era prueba del domicilio de los demandados, ni era dato cierto o inequívoco sobre la actual vecindad a la época de formularse la demanda.

Por otra parte, en el presente juicio el emplazamiento de los demandados se efectuó con estricta sujeción a lo dispuesto en el citado texto legal, y la designación de curador ad-litem de quienes no se hicieron presentes se hizo una vez cumplidos los trámites de rigor, habiendo inter-

venido el curador nombrado en el proceso desde la contestación de la demanda.

Lo dicho es bastante para rechazar el cargo.

Causal primera.—Se examinan conjuntamente los dos cargos formulados con invocación de la causal primera. Ambas se sustentan en violación de los artículos 1064, 1072 y 1074 del C. C. y 11 de la Ley 95 de 1890, ya indirectamente por error de derecho en la apreciación de las pruebas, o ya directamente sin consideración a las pruebas aducidas, por errónea interpretación o indebida aplicación de ellos.

Cuanto a la infracción indirecta el recurrente expone:

( )

"El Tribunal en la sentencia da a los testimonios el valor de prueba trasladada alegando que las diligencias de publicación del testamento fueron solicitadas por 'la casi totalidad' de los asignatarios demandados' (folios 16 v. del Cuaderno de la segunda instancia) y porque 'constituyendo jurídicamente el testamento nuncupativo otorgado ante testigos y las diligencias de su publicación un solo acto, y resultando de ellas mismas en forma ostensible la existencia de hechos que legalmente generan su nulidad, el juez está ligado a su proferimento oficioso.....' (f. 17 ibidem).

"Niego las aparentes razones del H. Tribunal porque de que la casi totalidad de los demandados pidiera la publicación del testamento no se deduce que la pidieran todos; porque los testigos declararon sobre puntos diferentes a los que eran materia de su llamamiento de conformidad con la ley y con la petición de la 'casi totalidad' de quienes pidieron las diligencias de publicación y porque ni en derecho, ni en la realidad, puede aceptarse que el testamento y las diligencias de publicación constituyan un solo acto.

"Es más: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código Civil, los testigos del testamento son llamados exclusivamente para reconocer sus firmas y la del testador, de modo que su testimonio sobre otros puntos ni siquiera alcanza la categoría de declaración de nudo hecho, que es la que se rinde previa petición de un interesado y previa orden de autoridad competente para que se rinda. Las declaraciones de los testigos que sirvieron de base a la sentencia fueron pues irregulares, ilegales, inoportunas, además de que no fueron rendidas dentro del término probatorio ni oportunamente ratificadas".

Cuanto a la infracción directa el recurrente se expresa así:

"El Tribunal encuentra que de acuerdo con nuestras leyes son requisitos para los testamentos otorgados ante testigos, que haya unidad en el tiempo, es decir, que se trate de un solo acto ininterrumpido, y que en todo momento sea presenciado por todos los cinco testigos."

En concepto del recurrente, ese rigorismo de la doctrina contenida en la sentencia "constituye interpretación errónea de las disposiciones del Código Civil que le sirven de base."

Después de transcribir los artículos 1064, 1072 y 1074 del C. C., el recurrente afirma que ninguna de tales disposiciones dice "que el testamento sea 'un solo acto', ni que los firmas de los testigos no puedan estamparse en momentos sucesivos diferentes. No dice ninguna de esas disposiciones que es indispensable 'la unidad de tiempo', ni dicen que los testigos no deban moverse del sitio en que el testamento se otorga. Estas son interpretaciones extensivas de los textos copiados, porque implican requisitos esenciales que ellos no expresan en su letra, y como de la falta de tales requisitos se deduce nulidad absoluta, la interpretación extensiva es inadmisible. Respecto a prohibiciones y a causales de nulidad taxativamente señaladas, se impone la interpretación restrictiva.

"Hay error al entender que 'unos mismos testigos' signifique simultaneidad en la firma o en la presencia. Unos mismos quiere decir que no sean unos para una parte del testamento, y otros para otra parte. Aquí los mismos cinco testigos instrumentales no dejan de ser los mismos porque unos firmaran a una hora y otros a otra. La verdad es que los mismos cinco oyeron la lectura de todo el testamento, efectuada por el propio testador.

"En el proceso, incluyendo la sentencia acusada, no se ha discutido, ni puesto en duda que el testamento fue leído en alta voz por el testador; no se ha dudado tampoco de que los cinco testigos instrumentales oyeron la lectura del testamento. No se ha puesto en duda la voluntad del testador, escrita en el testamento y escuchada por los cinco testigos. No se ha puesto en duda la autenticidad del testamento.

"Se ha creado un requisito el de la unidad de tiempo, el de un solo acto, que el Código no establece. Y se le ha dado a ese requisito el carácter de esencial, sin el cual el testamento es nulo. Puede la interpretación de la ley llegar a tanto, y con qué fin?

"Porque cuando los jueces establecen doctrinas que se salen del rígido texto de la ley, están obligados a dar los motivos de equidad, de res-

peto al Derecho, que las justifiquen. De otro modo son inaceptables. Ya que el Honorable Tribunal no expresó tales motivos, pese a dar los que fundamentan mi interpretación restrictiva de las disposiciones del Código Civil copiadas, la cual conduce a dar por cumplidos los requisitos esenciales que para el testamento público ante testigos, exigen dichas disposiciones.

"El principio fundamental que inspira nuestra legislación en materia de testamentos es el de la libertad de testar, el de la autonomía de la voluntad, con las limitaciones necesarias a favor de los legitimarios. Los requisitos o solemnidades son precisamente para garantizar la genuina expresión de la voluntad del testador, o, en otros términos, para garantizar la autenticidad de esa voluntad. No tienen por objeto las solemnidades limitar la libertad de testar, sino al contrario: garantizar su ejercicio.

"Si en lo dicho en el aparte anterior no hay equivocación la consecuencia es ineludible: la interpertación de las disposiciones que establecen solemnidades debe hacerse no con rigor que limite, desvirtúe o anule la voluntad del testador, sino con amplitud que asegure sus efectividad.

"Por tanto si, como no se discute, el testamento de Servando Peñarete fue leído por éste a los cinco testigos instrumentales, fue firmado por éstos y por aquél, las firmas de todos fueron debidamente reconocidas, y no existe duda en cuanto al contenido mismo del testamento, cualquiera interpretaciones (sic) de las comentadas disposiciones legales que desconozca el testamento, viola el derecho de testar reconocido por la ley y constituye interpretación equivocada de tales disposiciones".

Se considera:

1.—El testamento, según el artículo 1055 del C. C., "es un acto más o menos solemne". Así pues, el testamento es siempre un acto solemne, lo que vale decir que su existencia jurídica depende del cumplimiento de las formalidades externas exigidas por la ley en cada caso: **forma dat esse rei.**

Expresa el artículo 1064 del C. C. que "el testamento es solemne o menos solemne" y agrega:

"**Testamento solemne** es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El **menos solemne** o **privilegiado** es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley."

Aún en los testamentos solemnes, no privilegiados, puede haber mayores o menores formalidades externas. Así el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse ante notario o ante sólo testigos, siendo éste último menos solemne que el primero, pues en materia testamentaria la mayor solemnidad es la presencia del notario, funcionario del Estado que dá fe pública de la ejecución del acto y por lo mismo se hace responsable de cualquier inexactitud o falsedad en su otorgamiento.

2.—Según los artículos 1070 y 1071 del C. C., el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse o bien ante notario y tres testigos, o bien ante solo cinco testigos. Pero la ley no permite esta última forma sino en dos casos: a) "en los lugares en que no hubiere notario", o sea, en los municipios que no fueren cabecera de Circuito de notaría; b) en el caso de que "faltare este funcionario", o sea, por falta accidental del notario, por no hallarse "expedito" (C. C., artículo 2578), a causa de ausencia del lugar, enfermedad u otra circunstancia semejante. La Corte ha dicho que "la ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar en que ha de otorgarse el testamento no hubiera notario, o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción, la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos" (Casación: abril 16 de 1942, LIII, 330; agosto 25 de 1947, LXII, 666).

3.—Las formalidades esenciales que deben observarse en el testamento abierto ante cinco testigos, son las mismas exigidas respecto del testamento nuncupativo ante notario y tres testigos, a más de las que están destinadas a darle el carácter de documento público de que carece inicialmente. Entre uno y otro testamento no hay más diferencia que la sustitución del notario por dos testigos más.

Tales solemnidades son las siguientes (C. C., artículos 1072, 1074 y 1075):

a)—La presencia de cinco testigos a quienes el testador hace sabedores de sus disposiciones, que es "lo que constituye esencialmente el testamento abierto";

b)—La presencia del testamento "en todas sus partes por el testador" y "por unos mismos testigos";

c)—La declaración de las disposiciones testamentarias, hecha por el testador a los cinco testigos;

d)—Escrito el testamento, su lectura total en alta voz "por uno de los testigos designados por el testador a este efecto", estando "el testador a la vista" y hallándose presentes los testigos "que oirán todo el tenor de sus disposiciones";

e)—Las firmas del testador y de los cinco testigos, una vez concluida la lectura, hallándose conforme con ella el testador. Si éste "no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa", y "si se hallare otro de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así".

4.—Desde el principio hasta el fin, el otorgamiento del testamento debe ser presenciado por unos mismos testigos. No pueden los testigos o algunos de éstos hallarse presentes a sólo una parte del acto y oir algunas disposiciones testamentarias, y ausentarse dejan otro u otros testigos que presencien el resto de la lectura y su firma.

Cuando la ley requiere la presencia del testamento en todas sus partes por el testador y los testigos, manifiesta claramente la exigencia de la unidad del acto en cuanto al tiempo, aunque de modo expreso no lo disponga así como en el testamento cerrado, respecto del cual establece el inciso 7º del artículo 1080 del C. C. que "durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere".

La unidad del acto testamentario, cuanto a las personas y cuanto al tiempo, era regla consagrada por el derecho romano y la ley de Partidas, fuentes del código chileno en el establecimiento del testamento nuncupativo, reglamentado de igual manera en la legislación colombiana.

Tal regla es exigida en el otorgamiento del testamento abierto ante cinco testigos, conforme al parecer unánime de la doctrina de los expositores colombianos y chilenos. (Fernando Vélez, "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano", T. IV, Nº 224, página 153; Hernando Carrizosa Pardo, "Sucesiones", Nº 218, pág. 218; Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", T. XIV, Nos. 523-525, pág. 77, y ss.; Alfredo Barros Errázuris, "Curso de Derecho Civil", Vol. V, Nº 72, páginas 143 y 144; Manuel Somarriva Undurraga, "Derecho Sucesorio", Vol. I, Nº 235, páginas 166 y 167).

Por otra parte, la Corte ha dicho:

"Lo que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el artículo 1072 del C. C., es "el acto en que el testador hace saberdor de sus disposiciones al notario, si lo hubiere, y a los testigos". Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos. El segundo inciso del artículo 1072, citado, exige, en orden a asegurar la indivisibilidad del acto testamentario, la intervención en él de un mismo notario, cuando asiste, y de unos mismos testigos. Para el conocimiento de la voluntad del testador es, pues, requisito indispensable que durante la lectura del testamento, hecha en alta voz por el notario o por uno de los testigos designados al efecto por el testador, estén presentes los testigos instrumentales en el mismo sitio en que el acto ocurra". (Casación: mayo 12 de 1932, XL, 58).

5.—Como el testamento nuncupativo celebrado ante sólo testigos, es inicialmente sólo un documento privado en cuyo otorgamiento no ha intervenido notario ni otro funcionario público, la ley exige el cumplimiento de determinadas diligencias ante juez competente para convertirlo en documento público. Tales son las diligencias que la ley llama de **publicación** y que algunos autores denominan de **legalización**, las cuales constituyen formalidades esenciales del propio acto testamentario, sin cuyo cumplimiento el testamento carece de existencia jurídica.

Los artículos 1077 del C. C. y 933 del C. J. señalan los requisitos y trámites que deben seguirse para la publicación del testamento nuncupativo otorgado ante testigos. El juez competente, a quien se haga la petición acompañada del testamento y de la prueba de la muerte del testador, hace comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otra causa, bastará que los testigos presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes. En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Los testigos instrumentales reconocen sus firmas y la del testador mediante declaración jurada tomada por el juez con las mismas formalidades con que se recibe cualquier testimonio. Aunque en principio, la deposición de los testigos instrumentales se reduce al mero reconocimiento

de sus firmas y de la del testador, el juez puede formular las preguntas tendientes a esclarecer y completar su declaración a fin de cerciorarse si en verdad se ha realizado el otorgamiento del testamento por la persona a quien se atribuye y ante los testigos que aparecen en él como tales y que lo suscriben.

Recibidas las correspondientes declaraciones, el juez y su secretario pondrán sus rúbricas en cada página del testamento, y después de haberlo declarado el juez testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará protocolizar junto con todo lo actuado, al notario respectivo, previo el correspondiente registro.

Con el lleno de las anteriores formalidades, el testamento nuncupativo que sólo fue otorgado como instrumento privado, queda convertido en instrumento público. "Sin esta publicación —como dice Claro Solar— el otorgamiento del testamento puede decirse que no está terminado".

Las diligencias judiciales de publicación del testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos, constituyen acto de jurisdicción voluntaria y no juicio contencioso entre las partes. No puede admitirse, en consecuencia, gestión de persona interesada en oponerse al perfeccionamiento del acto testamentario. Desde luego, la resolución del juez con que terminan las diligencias, al declarar nuncupativo el testamento y ordenar su protocolización, no implica el desconocimiento de los derechos de quienes quieran demandar en juicio ordinario la nulidad del testamento, aduciendo allí las pruebas correspondientes.

6.—El testamento nuncupativo en que se omitiere cualquiera de las formalidades esenciales o requisitos externos anteriormente señalados, "no tendrá valor alguno", según el artículo 11 de la Ley 95 de 1890.

Tratándose de un acto solemne, en general, la omisión de una de esas formalidades esenciales acarrea la invalidez o nulidad absoluta del testamento, con aplicación de la norma general consagrada en el artículo 1741 del C. C.

De consiguiente, las formalidades, anteriormente mencionadas, atinentes a la unidad del acto testamentario, cuanto al tiempo y cuanto a las personas, son exigidas por la ley como requisitos **ad solemnitatem**, cuya pretermisión engendra nulidad absoluta.

Se objeta que de esta manera, por la exigencia rigurosa de tales formalidades, se menoscaba la libertad de testar y se desconoce la legítima voluntad del testador. Esta objeción carece de valimiento. La ley exige tales requisitos externos en atención a la naturaleza misma del acto testamentario, no por mero e inútil formalismo Se quiere que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne, para que quede una prueba preconstituída sobre sus disposiciones y se evite en lo posible el fraude y las falsificaciones, y para que un acto de tanta importancia y trascendencia en la vida jurídica se cumpla en la forma más clara, precisa y reposada. Como decía Jaubert, uno de los informantes del Código de Napoleón, "los testamentos se otorgan en el último momento de la vida, y por esto es útil multiplicar las precauciones en favor de un individuo que puede estar sitiado por la intriga y la codicia."

7.—Expuestas las anteriores consideraciones doctrinarias, la Sala observa en relación con los cargos presentados por el recurrente:

1º—Que el Tribunal interpretó correctamente las normas que se dicen infringidas y las aplicó debidamente al caso **sub judice** cuando declaró la nulidad del testamento nuncupativo otorgado por Servando Peñarete, en el cual se pretermitieron ostensiblemente las formalidades esenciales exigidas por la ley en esta forma de testamentificación, ya que su otorgamiento no se cumplió en un solo acto, ni en él se hallaron presentes todos los testigos, quienes estamparon sus firmas en momentos diferentes, rompiéndose la unidad del acto, requerida por la ley **ad solemnitatem**;

2º—Que las declaraciones de los testigos instrumentales tomadas por el juez que publicó el testamento de Servando Peñarete, las cuales se allegaron a los autos en copia de la actuación protocolizada por la escritura Nº 7 de 11 de abril de 1950, no son **meras declaraciones de mudo hecho** —como lo pretende el recurrente—, pues ellas fueron recibidas por el juez competente en las diligencias sobre publicación del testamento, hacen parte integrante del acto testamentario como solemnidades de éste y no fueron desvirtuadas por la parte demandada en lo desfavorable a sus pretensiones. De consiguiente, tales de-

claraciones no requerían ratificación del presente juicio para que obraran en favor de la parte actora, y no se quebrantó por este aspecto el artículo 693 del C. J.

En consecuencia, se desechan los cargos examinados.

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No se CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 14 de septiembre de 1954, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION.—CONFESION COMPUESTA DIVISIBLE. FACULTAD DEL JUEZ DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION

1. De conformidad con el principio general consagrado en el artículo 608 del código judicial, la parte que sólo puede encontrar la prueba del hecho por ella invocado en la declaración de su adversario, debe tomarla tal como se produce, sin poder escindirla arbitrariamente, extrayendo de ella únicamente lo que le sea favorable, o, en otros términos, la parte que como prueba del hecho que alega sólo puede aducir la declaración de la contraparte, debe aceptarla o rechazarla pero no puede dividirla o modificarla. Así, cuando el confesante reconoce el hecho afirmado por la contraparte pero agregándole modificaciones que alteran la naturaleza jurídica del mismo, no puede la parte que ha pedido la declaración admitir simplemente el reconocimiento del hecho, rechazando las modificaciones.

2.—Sólo puede dividirse la confesión cuando el confesante agrega un hecho nuevo que modifique, restrinja o extinga las consecuencias jurídicas del hecho confesado y que no tenga estrecha relación con éste: en tal caso, la prueba de ese hecho nuevo le corresponde al confesante.

3.—"Ha quedado a la interpretación o arbitrio de los jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste". (Sentencia de 3 de diciembre de 1931).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el tribunal superior de Bucaramanga en el juicio promovido por Abraham Torres contra Luisa María Torres viuda de Flórez y otros, sobre resolución del contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 125 de 20 de junio de 1943, otorgada ante el notario segundo del circuito de Málaga.

Antecedentes

Escritura número 124 de 20 de junio de 1943, de la notaría segunda de Málaga.—Por medio de ella, los cónyuges **Buenaventura Flórez** y **Luisa María Torres de Flórez** vendieron varios inmuebles a **Abraham Torres**, por la cantidad de nueve mil pesos, que los vendedores declararon recibida. El comprador se hizo cargo del pago de una deuda hipotecaria constituida a favor del Banco Agrícola Hipotecario.

Escritura número 125 de la misma fecha, otorgada en la misma notaría.—Por medio de ella, **Abraham Torres y Luisa María Torres de Flórez, Flórez** los mismos bienes que aparecen relacionados en la escritura número 124, por la cantidad de nueve mil pesos. La compradora declaró en la escritura: "Que se hace cargo de cumplir las obligaciones contraídas con el Banco Agrícola Hipotecario, por medio de la escritura citada y finalmente, que ha pagado el valor de los bienes comprados por medio de esta escritura, con dinero de su propio peculio porque hace la compra para sí misma y no para la sociedad conyugal que actualmente tiene formada con el señor Buenaventura Flórez"

Defunción de Buenaventura Flórez. — Ocurrió el día 6 de julio de 1943.

Demanda de María del Carmen Flórez contra Abraham Torres y Luisa María Torres de Flórez. En escrito presentado al juez del circuito de Málaga, María del Carmen Flórez, obrando en nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Buenaventura Flórez y Luisa María Torres, pidió que se declararan **simulados** los contratos consignados en las escrituras públicas números 124 y 125 de 1943, de la notaría de Málaga, y que en

consecuencia se ordenara la restitución a tal sociedad de los bienes descritos en tales escrituras. Antes de notificada esta demanda, el apoderado de la demandante pidió autorización al juez para registrar la escritura pública 265 de 1952, por medio de la cual Abraham Torres vende a Aureliano Ortiz "todos los derechos de dominio y de cualquier clase" adquiridos por la escritura 124 de 1943. Se advierte que este juicio quedó en suspenso, a petición de la parte demandante.

Juicio de Abraham Torres contra Luisa María Torres de Flórez.—En demanda presentada al juez del circuito de Málaga, Abraham Torres, obrando por medio del mismo abogado que sirvió de apoderado a María del Carmen Flórez en la demanda sobre simulación ya mencionada, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones: a) La de **resolución**, por falta de pago del precio, del contrato que consta en la escritura 125 de 1943, de la notaría segunda del circuito de Málaga; b) la de **restitución** de los bienes vendidos en tal escritura, con los frutos de conformidad con el artículo 964 del código civil; y c) la de **indemnización** de los perjuicios provenientes del incumplimiento. La demanda de que se trata aparece propuesta contra Luisa María Torres v. de Flórez y en subsidio contra la sociedad conyugal disuelta e iliquida habida entre esta señora y Buenaventura Flórez y, si fuere el caso, también contra la sucesión iliquida del último.

Declaraciones de Luisa María Torres de Flórez en posiciones.—Interrogada la demandada en posiciones pedidas en la primera instancia del juicio, el 26 de septiembre de 1952, "es verdad que usted no le pagó a su vendedor Abraham Torres ni un centavo, en ningún tiempo, a cuenta de la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00) en que aparece comprándole los bienes descritos en la escritura número 125 ya citada? **Contestó**: yo no le pagué a él por el motivo de que Abraham Torres se había comprometido con Buenaventura Flórez a pagar todas sus deudas y que lo que sobrara me lo diera a mí". Al ser preguntada si "usted acepta que no ha pagado ningún dinero como debido por su esposo Buenaventura Flórez, a cuenta del pago de los nueve mil pesos debidos a Abraham Torres como precio de la susodicha venta de la escritura número 125? **Contestó**: no acepto. Yo acabé de pagar todas las deudas de Buenaventura Flórez y que Abraham Torres se había comprometido a pagar y me sale la cuenta como a once mil dólares". (cuaderno Nº 3, ff. 5 vto., y 6).

En posiciones absueltas el 25 de abril de 1952, que en copia autenticada se trajeron al juicio, declaró la demandada, al ser preguntada sobre respuestas dadas en posiciones absueltas en otra ocasión: "Sí es verdad que cuando absolví en este mismo Juzgado esas posiciones que me pidió María del Carmen Flórez por medio de su apoderado doctor Benigno Alberto Jaimes, el año pasado, contesté la respuesta que figura inserta en la pregunta que se me acaba de hacer, de no haberle dado yo a Abraham Torres dinero alguno a cuenta del valor de los bienes relacionados en la escritura que se cita, o sean los que le compré, porque es cierto que Abraham Torres se había obligado con mi finado esposo Buenaventura Flórez a pagar con ese dinero las deudas que Buenaventura tenía pendientes esa vez, y entonces convinimos en que yo hiciera esos pagos y el saldo sobrante quedaba a mi favor. Yo hice tales cancelaciones que en total ascendieron a ocho mil pesos ($ 8.000,00)". Al ser preguntado si le estaba debiendo a Abraham Torres el precio de lo vendido por medio de la escritura 125, contestó: "No es verdad que yo le deba a Abraham Torres ni un centavo de ese negocio, porque yo pagué todas las deudas a cargo de mi citado esposo Buenaventura Flórez y así lo hice porque ese fue el convenio".

Sentencia de primera instancia. — Decidió, en resumen: a) declarar resuelto el contrato; b) ordenar la cancelación de la inscripción de la escritura 125; c) condenar a Luisa María Torres a restituir los inmuebles, con los frutos percibidos a partir de la celebración del contrato; d) no condenar a la demandada a indemnizar perjuicios; y e) condenar al demandante a restituir a la demandada la cantidad de dos mil pesos más los correspondientes intereses. Este fallo fue apelado por la parte demandada para ante el tribunal superior de Bucaramanga.

Sentencia acusada.—El tribunal resolvió, previa la tramitación correspondiente a la segunda instancia, revocar la sentencia apelada y en su lugar absolver de todo cargo a la demandada. Además, condenó en las costas del juicio a la parte demandante.

Motivos del tribunal.—Después de transcribir las respuestas dadas por la demandada en las posiciones a que ya se ha hecho referencia, expone: "De un estudio atento de las posiciones absuel-

tas por la demandada en las dos oportunidades ya citadas anteriormente, y de la contestación de la demanda misma, salta a la vista una perfecta correspondencia, persistencia y armonía, una misma fuerza en la expresión de sus respuestas y el sentido de su confesión. Y consecuencialmente, la íntima relación de ese hecho de haber pagado posteriormente con el hecho mismo de haberse efectuado el pago.

"Esa correspondencia, persistencia y armonía que no es inconducente relievar aquí aparece claramente cuando la absolvente demandada responde diciendo que no pagó el precio a Abraham en el momento de la escritura, porque Abraham se había comprometido con Buenaventura, su esposo, a pagar todas sus deudas, dándole el sobrante a ella, con lo confesado en las anteriores posiciones cuando explicó o agregó que Abraham se había obligado con Buenaventura su esposo a pagar con ese dinero las deudas que tenía pendientes Buenaventura, por lo cual se convino en que la demandada hiciera esos pagos. Por lo mismo, replica en aquellas posiciones, que no es cierto que le deba a Abraham nada puesto que, según convenio hecho, ella pagó todas las deudas que pesaban sobre su esposo y que no recogió Abraham.

"Lo que equivale a decir que Luisa María Torres confesó no haberle pagado a Abraham el precio de la venta, en el momento de la escritura, pero que pagó posteriormente, conforme al convenio hecho, o lo que es lo mismo, conforme a las instrucciones que recíprocamente se habían convenido. En otras palabras que, debía pero pagó posteriormente. Si esta es la esencia y naturaleza mismo de la confesión hecha por Luisa María como el tribunal lo considera, es claro que se trata de una confesión compleja indivisible, que debe aceptarse íntegramente siguiendo así la norma doctrinaria reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia. Para el Tribunal no hay duda alguna de que los hechos que opone la confesa, la agregación que hace a su confesión, guardan absoluta conexidad tanto real como personal con aquéllos constitutivos de la acción. Los dos hechos, en el caso del juicio, no tienen dos objetos distintos, sino que se refieren a una misma obligación y, por su modo de ser se relacionan evidentemente. Estando como están tan íntimamente unidos, la confesión viene a ser una en sí, no accesible de división. Y así como el Tribunal considera que la agregación que hizo a su confesión Luisa María Torres no constituye excepción cuya demostración o prueba corre de su cargo, cree también que no se configura aquí la compensación que encontró demostrada el señor Juez en la sentencia reclamada". El sentenciador esfuerza lo expuesto con doctrina sentada por la corte en fallos de 30 de noviembre de 1936, 3 de agosto y 30 de julio de 1943.

Expresa, por otra parte, en relación con el hecho de haber pagado la demandada algunas deudas a cargo de Buenaventura Flórez:

"Obvio es que siendo la confesión de Luisa María Torres indivisible, el pago del precio de la venta (la demanda se funda en que no se cumplió) queda demostrado. Ninguna otra prueba aportó al debate el actor. No obstante y como hechos que deben relievarse en este juicio, conviene poner de presente que la demandada adujo al juicio las declaraciones, que no merecen en el fondo tacha alguna, rendidas por Pedro Felipe Delgado (f. 32 v., c. 4º), Eloísa Guarín (f. 41 v. del c. 4º), Cenón Cáceres (f. 9 del c. de segunda instancia) al tenor de las cuales aparece que Luisa María sí estuvo recogiendo créditos a cargo de su fallecido esposo Buenaventura Flórez Jurado, habiendo pagado a los declarantes buena cantidad de dinero. Y a su turno el Banco Agrícola Hipotecario de Bucaramanga, con su agencia en la ciudad de Málaga, certifica al folio 50 del c. 4º también que la obligación contraída por los esposos Flórez y Torres, mancomunada y solidariamente, fue cancelada, con posterioridad a la muerte de Buenaventura Flórez, por Luisa María Torres y Alfonso Flórez, mediante abonos sucesivos hechos y cuyos comprobantes aparecen del juicio".

La casación

El recurrente, invocando la causal primera, acusa el fallo:

Primero: por violación de los artículos 1546, 1602, 1608, 1634 y 1930, proveniente de manifiestos errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador al apreciar la naturaleza del contrato contenido en la escritura 125 de 20 de junio de 1943. Consiste el error de hecho en haber considerado, en vez de la venta pura y simple de que da fe la escritura citada, un contrato de naturaleza distinta, o sometido a condiciones y modalidades que no aparecen en dicha escritura; consiste el error de derecho en haber aplicado a tal contrato las reglas que rigen otros contratos como los condicionales.

Segundo: por violación de las mismas disposiciones legales citadas, provenientes de manifies-

tos errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de confesión contenida en la diligencia de absolución de posiciones rendidas por la demandada. El error de hecho consiste en haber visto en la respuesta dada a la pregunta décimotercera el reconocimiento de un acuerdo entre vendedor y compradora, cuando la verdad evidente de lo declarado es que la vendedora no pagó el precio; el error de derecho consiste en haberle dado al hecho extraño de un supuesto compromiso entre el vendedor y un tercero el carácter de hecho conexo, para deducir así la indivisibilidad de la confesión.

Estos cargos se aprecian en conjunto por estar íntimamente relacionados. Al respecto se considera:

a) Que es confesión la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, y que, cuando la hay, debe admitirse "tal como se hace, con sus modificaciones y explicaciones concernientes al mismo hecho", salvo que se agreguen "hechos distintos y separados que no tengan íntima relación" con lo confesado, pues entonces estos últimos constituyen verdaderas excepciones (Artículo 609 ibidem).

b) Que, de conformidad con el principio general consagrado en la citada disposición del artículo 609 del Código Judicial, la parte que sólo puede encontrar la prueba del hecho por ella invocado en la declaración de su adversario, debe tomarla tal como se produce, sin poder escindirla arbitrariamente, extrayendo de ella únicamente lo que le sea favorable, o, en otros términos, la parte que como prueba del hecho que alega sólo puede aducir la declaración de la contraparte, debe aceptarla o rechazarla pero no puede dividirla o modificarla. Así, cuando el confesante reconoce el hecho afirmado por la contraparte pero agregándole modificaciones que alteran la naturaleza jurídica del mismo, no puede la parte que ha pedido la declaración admitir simplemente el reconocimiento del hecho, rechazando las modificaciones; sólo puede dividirse la confesión cuando el confesante agrega un hecho nuevo que modifique, restrinja o extinga las consecuencias jurídicas del hecho confesado y que no tenga estrecha relación con éste: en tal caso, la prueba de ese hecho nuevo le corresponde al confesante.

c) Que en el caso sobre el cual se litiga, puede decirse, como en caso semejante lo expresó esta corporación, que la demandada "estaba amparada ab initio con la declaración de la escritura. Le habría bastado referirse y deferir a ella. Su propio dicho la infirmó acreditando que no tenía el vendedor recibidos los tres mil pesos del precio cuando así lo dijo en el instrumento público de compraventa, puesto que el comprador manifiesta no habérselos cubierto entonces ni antes. Pero agregó lo ya citado aquí sobre el pago posterior. Su contraparte, inicialmente inerme por virtud de aquella cláusula de la escritura, buscó en la confesión la creación de una prueba de estar en pie la obligación legal del comprador de pagar el precio como manda el artículo 1929 del Código Civil. Y de esa confesión resulta infirmada la declaración escriturariá: pero no creada la prueba de esa obligación como actual e insoluta, puesto que contiene la afirmación del pago" (G. J. 2001, p. 28).

d) Que la declaración de la compradora, ya transcrita en lo pertinente, sólo significa: pagué el precio, no en dinero en el momento de la firma de la escritura como en ésta se expresa, sino en la forma privadamente convenida con el vendedor, esto es, nada debo al demandante por concepto del precio de la cosa comprada. No se confiesa deudora, no reconoce el derecho alegado por el demandante sino que claramente lo niega. La demandada destruye la declaración contenida en la escritura sobre pago del precio, pero no crea la prueba de estar aún vigente la obligación de pagarlo. Así, el hecho agregado por la confesante, o sea el pago posterior efectuado en la forma privadamente acordada con el vendedor, está íntimamente relacionado con el hecho reconocido de no haberse efectuado el pago al tiempo de la firma de la escritura.

e) Que la sentencia acusada está en un todo de acuerdo con la doctrina sentada por esta corporación, en varios fallos, sobre la indivisibilidad de la confesión. Así, en sentencia de 30 de noviembre de 1936, citada por el tribunal, se lee: "...que por exigencia de la vendedora, los tres mil pesos que ésta declaró recibidos quedaron en poder de Pontón para emplearlos, por cuenta de la señorita Fernández, en la alimentación de ésta y de su sirvienta, en habitación de las mismas y en pago de varias deudas a cargo de aquélla, y que, de conformidad con esa exigencia de la vendedora, los tres mil pesos fueron invertidos de acuerdo con los deseos de ésta, y por cuenta de ésta, en el lapso comprendido entre el 26 de octubre de 1926 y el 25 de abril de 1930...; que la confesión de los demandados es indivisible ya que no consiste en la admisión de un hecho con la adición

de otros hechos diversos y heterogéneos, sin relación con el primero (confesión compuesta), sino en el reconocimiento de la existencia originaria de un hecho, fuente de obligación, pero añadiendo que ésta se extinguió luego por pago (confesión compleja indivisible), pues en realidad la referida confesión se redujo a admitir que el precio se quedó debiendo en el momento del otorgamiento de la escritura pero que se pagó luego en la forma convenida, lo que vale tanto como decir que la declaración accesoria recayó sobre un hecho considerado generalmente por la doctrina como modelo y prototipo de los hechos conexos característicos del contenido de la confesión compleja indivisible" (G. J. 1920, p. 650). Esta doctrina, que tiene firme asiento en la disposición del artículo 609 del código judicial, aparece confirmada en decisiones posteriores como las de 30 de mayo de 1936, 15 de diciembre de 1939, 30 de julio de 1943, 3 de agosto de 1943, 25 de septiembre de 1946, y en ella persevera la corte ya que no existen motivos para variarla.

f) Que la doctrina a que se ha hecho referencia es perfectamente aplicable en el caso a que se refiere la sentencia recurrida. En efecto: la compradora dice que no pagó el precio al tiempo de otorgarse la escritura de venta porque, según convenio privado con el vendedor, a la cantidad señalada como precio debía darle, y así lo hizo, una inversión especial, o sea la de pagar unas deudas a cargo de Buenaventura Flórez, siendo de advertir que, como lo anota el sentenciador, tal convenio aparece cumplido por la demandada según resulta de las pruebas citadas en párrafos que ya se transcribieron del fallo acusado, conforme a las cuales la compradora en realidad canceló varias deudas a cargo del nombrado Flórez, así como pagó la obligación hipotecaria a favor del Banco Agrícola Hipotecario mencionada en las escrituras 124 y 125 de 1943.

g) Que a lo dicho puede agregarse que "ha quedado a la interpretación o arbitrio de los jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste"; así lo expresó esta corporación en fallo de 3 de diciembre de 1931, dictado bajo la vigencia del artículo 568 del antiguo código judicial, disposición no tan clara y precisa como la del artículo 609 del código vigente. En sentencia de 30 de julio de 1943, refiriéndose a la confesión, repitió "que la ley ha dejado a los jueces la facultad para analizar esta prueba y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste" (G. J. 1998, p. 622).

h) Que, por lo expuesto, no hay en la sentencia recurrida ningún equivocado concepto sobre el alcance del artículo 609 del código judicial; ni existe tampoco error de hecho en la apreciación de la prueba de confesión, ya que no resulta en manera alguna, en la forma palmaria que exige la ley, una evidencia contraria a la que el sentenciador dedujo de dicha prueba.

i) Que no hay error ninguno, por parte del tribunal, en la interpretación del contrato contenido en la escritura 125 de 1943. Acertadamente expone esa corporación: que la mencionada escritura da cuenta de un contrato de venta en que aparece pagado el precio, lo que es indiscutible; que tal precio no fue pagado como lo reza el instrumento, sino en una forma diferente, o sea la privadamente convenida entre vendedor y compradora; que ésta dio cumplimiento a las obligaciones contraídas y que, por consiguiente, no es el caso de ordenar la resolución del contrato. A estas conclusiones llega fundado en la declaración de la compradora, y ya se ha visto que en la apreciación de ésta no incurre en los errores que le atribuye el recurrente. Las disposiciones legales referentes al contrato de compraventa no resultan, por tanto, violadas, sino, al contrario, correctamente aplicadas en el fallo que se acusa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

NULIDAD DE UNA PROMESA DE PERMUTA

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Considera y decide hoy la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada principal y a la vez contrademandante, contra el fallo pronunciado el 7 de septiembre de 1954 por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario que Alfonso Trujillo Gómez y Jaime Gómez Toro promovieron ante el Juez del circuito de Santa Rosa de Cabal contra Francisco Tamayo, Eugenia Escobar de Tamayo y María Escobar, sobre simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 170 de 7 de junio de 1951 otorgada en la Notaría de Santuario, y sobre otras acciones subsidiarias, debate en el cual reaccionaron los demandados con una demanda de reconvención contra Trujillo y Gómez.

El Juez pronunció sentencia absolutoria para todos, decisión que fue confirmada totalmente por la de segunda instancia.

Para una mejor inteligencia de las cuestiones debatidas se reproduce en seguida el completo y fiel resumen que hace el Tribunal de los hechos fundamentales de la demanda principal.

"1º Hasta el 14 de junio de 1951 los cónyuges Tamayo y Escobar tenían la posesión material e inscrita de dos inmuebles rurales denominados "La Argentina" y "El Burila", situados el primero en el municipio de Santuario, y el segundo en el municipio de Santa Rosa de Cabal, comprendidos por los linderos que se expresan;

"2º Que los señores Alfonso Trujillo Gómez y Jaime Gómez Toro tienen el dominio y la posesión de dos inmuebles rurales situados en el municipio de Bolívar (Valle del Cauca), denominados 'La Galia' y 'San José', comprendidos por los linderos que se expresan;

"3º Que el 22 de mayo de 1951 los cónyuges Tamayo y Escobar, de un lado, y los señores Trujillo Gómez y Gómez Toro, de otro, suscribieron un contrato de promesa de permuta de los inmuebles antes mencionados;

"4º Que en la cláusula 4ª del contrato de promesa se estipuló que el plazo para otorgar la escritura de permuta sería de treinta días a partir de la fecha de la promesa, pero que las partes se obligaban a entregarse materialmente los inmuebles dentro del término de quince días;

"5º Que en la cláusula sexta se estipuló una pena por valor de $ 20.000 contra la parte que incumpliera la promesa y no se allanara a la elaboración de la escritura de permuta;

"6º Que la señora Eugenia Escobar de Tamayo, desatendiendo el compromiso contraído con la promesa de permuta, y no obstante que sólo era dueña de la mitad de la finca 'La Argentina', de manera simulada o al menos con fraude y en perjuicio de los demandantes vendió a su hermana María Escobar dicho inmueble y el ubicado en Santa Rosa de Cabal, en la ínfima suma de $ 36.000, siendo así que vale más de $ 80.000. Esa venta se efectuó por escritura 170 de 7 de junio de 1951, de la Notaría de Santuario;

"7º Que como el ánimo de los cónyuges Tamayo-Escobar era el de sacar de su patrimonio todos los bienes, el demandado Francisco Tamayo aclaró y ratificó luégo la escritura 170 aludida, en el sentido de que él también vendía a María Escobar la mitad de 'La Argentina', que le pertenecía;

"8º Que el día prefijado se presentaron a la Notaría Tercera de Pereira los demandantes y el demandado Francisco Tamayo, con el fin de otorgar la escritura de permuta prometida, pero esa escritura no se otorgó porque Tamayo manifestó que los señores Trujillo Gómez y Gómez Toro estaban obligados a presentar los títulos de lo que iban a permutar, y que una de las escrituras presentadas por ellos como título no hacía relación sino a mejoras plantadas en terrenos baldíos de la Nación; que posteriormente se presentó a la misma Notaría la señora María Escobar, acompañada por la señora Eugenia Escobar, manifestando que como actual poseedora de los inmuebles prometidos en permuta por los cónyuges Tamayo-Escobar estaba dispuesta a otorgar la escritura prometida, siempre y cuando que los señores Trujillo y Gómez presentaran sus títulos de dominio;

"9º Que la razón real y verdadera para que los demandados no cumplieran la promesa de permuta, no era otra que la de que ellos ya habían dispuesto de 'La Argentina', en forma simulada, para quedar así absoluta o relativamente insolventes y

no cumplir el contrato de promesa ni pagar la multa pactada en caso de incumplimiento;

"10º Que los actores sí tienen derecho de dominio sobre los inmuebles prometidos por ellos en permuta; y que aunque no los tuvieran, ello no justificaba el incumplimiento de la promesa, porque la permuta o venta de cosa ajena vale;

"11º Que la venta hecha por los cónyuges Tamayo-Escobar es simulada absolutamente; pero que si se considera que la simulación es relativa, entonces el acto oculto es nulo por omisión de formalidades legales; y que en supuesto de que no se pueda demostrar ni la simulación absoluta ni la relativa, entonces el acto es también nulo por haberse efectuado mediante acuerdo fraudulento entre los contratantes y con el propósito de perjudicar a los demandantes (acción pauliana); y

"12º Que los demandantes tienen interés jurídico para demandar tanto la simulación como la nulidad por fraude pauliano, por ser titulares de un crédito contra los esposos Tamayo-Escobar".

La contrademanda persigue la condena de Trujillo y Gómez al pago a Tamayo y señora Escobar de Tamayo, de la suma de $ 20.000 estipulada como multa para el infractor de la promesa de permuta.

He aquí la síntesis que de los fundamentos de la contrademanda hace el Tribunal:

"La contrademanda se funda en que de acuerdo con el documento de promesa los contrademandados se obligaron a permutar bienes de su propiedad, cuyos títulos se comprometieron a exhibir en el momento del otorgamiento de la escritura prometida; que el día en que debía otorgarse dicha escritura, estando reunidos todos los contratantes, y además la señorita María Escobar, a quien los cónyuges le habían vendido lo que debían permutar, pero con la condición de que respetara la promesa, un examen de los títulos presentados por los señores Trujillo y Gómez evidenció que éstos no eran dueños del inmueble 'San José', sino únicamente de mejoras puestas en terrenos baldíos, razón por la cual no pudo otorgarse la escritura de permuta; que como los contrademandados no presentaron el título de adjudicación del inmueble 'San José' incumplieron la promesa, de acuerdo con la cual era el inmueble mismo y no simplemente las mejoras lo prometido en permuta, habiendo incurrido por lo tanto en la sanción prevista en la cláusula penal; que a los contrademandantes no se les exhibieron los títulos de los contrademandados cuando se formalizó la promesa, e ignoraban la situación jurídica del inmueble 'San José', pues que de haberla conocido no hubieran contratado; que los señores Trujillo Gómez y Gómez Toro obraron a sabiendas y de mala fe; que igualmente fue motivo para que la escritura no pudiera otorgarse, el hecho de que en la promesa aseguraran los señores Trujillo y Gómez que la finca 'La Galia', constaba de unas trescientas plazas de superficie, siendo así que conforme al mismo título de ellos no cuenta sino con ciento sesenta hectáreas; que, de la misma manera, aseguraron que ese inmueble tenía veinte mil árboles de café y cuarenta cuadras de caña de moler, y nada de eso resultó ser cierto".

La doble absolución confirmada por la sentencia de segundo grado, se apoya en la consideración que hace el Tribunal de que la promesa de permuta es nula porque uno de los inmuebles que debían transferir los demandantes principales es terreno baldío y "no queda la menor duda de que fue el inmueble mismo que acaba de especificarse (el denominado San José), no sus mejoras, ni en general nada distinto de él, lo que los señores Alfonso Trujillo Gómez y Jaime Gómez Toro se obligaron a dar en permuta a los cónyuges entre sí Francisco Tamayo y Eugenia Escobar", se desatendió en dicha promesa la segunda exigencia del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que contempla y califica la licitud y validez del contrato prometido, porque teniendo en cuenta el régimen legal de los baldíos (artículos 65 del Código Fiscal, 9º de la Ley 34 de 1936, etc.) y las diversas doctrinas de la Corte Suprema, como las consignadas en fallos de 25 de noviembre de 1950 (G. J. número 1873, pág. 337), 30 de noviembre de 1950 (G. J. número 2089, pág. 568), etc., los terrenos baldíos están fuera del comercio y, consiguientemente, si se realiza un contrato o promesa de contrato que implique enajenación de ellos, hay objeto ilícito y, en consecuencia, el contrato o la promesa de él caen bajo la sanción del artículo 1521 del Código Civil, o sea, la nulidad.

Tales son la apreciación y criterio con que el Tribunal decidió este asunto.

EL RECURSO

Como ya se dijo, los fallos de instancia fueron totalmente absolutorios, tanto en lo referente a las acciones ejercitadas por los demandantes principales, como las de los contrademandantes; unas y otras derivadas de la promesa de permuta, con base o pie en ella, considerándola válida o eficaz. Con una diferencia: la de que en el debate judicial, los demandantes principales han sostenido que en cuanto a la finca "San José" su intención era la de transferir las mejoras puestas en terrenos baldíos y su derecho como colonos; y la parte demandada (contrademandante) entendió, como también el Tri-

bunal, que la promesa comprendía el terreno mismo, lo que implicaba promesa de enajenar un baldío, negociación inadmisible e inválida. Por tanto, sobrevino la absolución de los demandados principales y de los contrademandados. Los demandantes Trujillo Gómez y Gómez Toro se resignaron a la pérdida del pleito en cuanto a las acciones propuestas por ellos y se abstuvieron de interponer recurso de casación contra lo resuelto por el Tribunal.

Los demandados (contrademandantes) Tamayo y señora Escobar de Tamayo, no se resignaron a la pérdida de la reconvención y recurrieron ante la Corte.

Acusan el fallo del Tribunal como violatorio de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1521, 1524, 1602, 1603, 1608, 1609, 1515, 1599, 1611, 1616, 1620, 1769 del Código Civil, 593, 606 y 637 del Código Judicial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea (primer cargo); y violación de los artículos 593 del Código Judicial, por aplicación indebida, con infracción directa de los artículos 1602 y 1620 del Código Civil (segundo cargo).

Toda la acusación se endereza a refutar la tesis del Tribunal sobre invalidez de la promesa: que hizo mal en confundir ésta con el contrato prometido; que para la permuta misma estaba previsto que los prometientes demandantes debían presentar sus títulos de propiedad, lo que implicaba la demostración de que para el tiempo de perfeccionar la transferencia ya fueran dueños de los bienes que enajenaban; que de todas maneras, aún antes de la adjudicación ya tenían derechos como colonos; que de los dos inmuebles que debían transferir, solamente uno era baldío. Todo lo demás de las alegaciones fundamentales del recurso gira alrededor de estas observaciones básicas; pero, en concepto de la Corte, ninguna de éstas ni de aquéllas justifican los cargos de las pretendidas violaciones imputadas al Tribunal. Más aún, los textos, doctrinas jurisprudenciales y razones con que se respalda el fallo recurrido, patentizan el acierto del Tribunal.

Podría la Corte profundizar más pormenorizadamente en las cuestiones planteadas en la demanda de casación, pero le basta, para concluir que el recurso no puede tener éxito, la siguiente consideración decisiva:

Si el demandante principal fracasó en sus acciones, derivadas o deducidas de la promesa, por estimarse que ésta es ineficaz o inválida, y en esa parte el fallo está en firme, no podría ahora revisarse para estimar que las acciones del contrademandante recurrente, deducidas también de la promesa, deben prosperar porque tal promesa no es nula. En otros términos: que la promesa es válida e inválida a medias: *inválida* para respaldar las acciones ejercitadas por los demandantes principales, (de lo contrario quedaría desquiciado el fallo de segunda instancia en cuanto absolvió a la parte demandada principal), y *válida*, para apoyar las acciones de esta parte, hoy recurrente, en su demanda de reconvención, lo cual es absurdo. La promesa vale o no vale para todos.

Lo expuesto es suficiente para concluir que el Tribunal fue consecuente al pronunciar la decisión absolutoria para todos en consideración a que la promesa de que se trata era nula para unos y otros.

Por tanto, el recurso es infundado y en tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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

Luis Felipe Latorre T. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo. Secretario.

CONTRATO DE BIENES OCULTOS. — PERJUICIO EVENTUAL

1—Es claro que en ausencia de base plausible para discernir la existencia del daño, mal cabe condenar a su reparación. Y sin el efecto, que es el perjuicio, queda en el vacío cualquiera examen acerca del error de conducta en que hubiese podido incurrir el Municipio. Donde no está el efecto, es inoficioso buscar la causa eficiente. Si no hay daño, sobra analizar la culpa. Tanto más cuanto que en el caso especial que se contempla, esa idea de culpa es inseparable de las probabilidades de buen éxito de la gestión que Robledo adelantaba a tiempo de su muerte. Si eran muy remotas o casi nulas, en esa misma razón el insuceso o las pérdidas habrían de dejar de ser imputables a la conducta del Municipio. Y el Tribunal, sin que aparezca ser erróneo su juicio y menos aún contraevidente, después de apreciar los elementos probatorios aportados al debate, llegó a la conclusión de que por la eventualidad absoluta de triunfo en el litigio sobre bienes ocultos, el posible perjuicio es de carácter puramente hipotético, no susceptible de indemnización.

2—En cuanto a la calificación del perjuicio como puramente eventual o hipotético, no hay duda de que en casos como el que se examina, el punto es de aquellos que sólo pueden apreciarse por medio de inferencias lógicas, cuya valoración, significado y alcance atañe a los poderes discrecionales del sentenciador. Y si el Tribunal, dentro de las facultades que le compelen para formar su propia convicción, no ha contrariado en modo alguno la evidencia del proceso, su juicio prevalece ante la Corte, no puede ser sustituido con otro ninguno, y quedan sin relieve los reparos aducidos dentro de este recurso extraordinario, ceñido a derecho y no equiparable en modo alguno a tercera instancia.

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

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Octavio Robledo Avendaño celebró con el Municipio de Manizales el contrato aprobado por el Acuerdo Nº 20 de 3 de diciembre de 1941 del respectivo Concejo, referente a la denuncia de bienes ocultos de propiedad del mismo Municipio.

Aparte de varias cláusulas complementarias, se estipuló que cumplidas las diligencias preliminares acerca del carácter oculto de dichos bienes, el Municipio investiría al contratista de los poderes necesarios para adelantar las acciones correspondientes, cuya iniciación dentro de los términos allí previstos y gastos de cualquiera índole tomó a su cargo el contratista, además de obligarse "a contestar la contrademanda y sostener, igualmente a su costa, el juicio o juicios en reconvención que ocurrieren; a comparecer y coadyuvar posteriormente, según el Municipio de Manizales indique, el pleito o pleitos que contra el Municipio de Manizales resulten por razón del denuncio de bienes ocultos a que se contrae este contrato; en el juicio o juicios que después en cualquier tiempo, se instauren, para revisar la sentencia dictada a favor del Municipio de Manizales, o en el juicio o actuación de cualquier índole, que tuvieren por fin la devolución de los bienes decuperados por el Municipio de Manizales." Y dicen las cláusulas 13, 15, 18, 19 y 20:

"Trece.—El contratista tendrá derecho a una participación equivalente al cuarenta por ciento (40%) del avalúo del bien o bienes denunciados que recobre el Municipio de Manizales por su gestión, e inmediatamente que sean recobrados. El bien o bienes los estima el contratista, únicamente para asuntos fiscales, en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) pero este bien o bienes serán avaluados una vez los haya recobrado el Municipio, por dos peritos nombrados por el Juez que le haya tocado conocer en primera instancia si la gestión fuere judicial y por este avalúo se sacará la participación que corresponde al contratista, o sea el cuarenta por ciento (40%). El avalúo será de cargo del contratista."

"**Quince.**—La participación que corresponde al al contratista, o sea el cuarenta por ciento (40%) del avalúo de los bienes denunciados y que recupere el Municipio de Manizales ha sido concedida por el contratante a nombre del Municipio al contratista por su gestión y en virtud de que los bienes denunciados son de propiedad exclusiva del Municipio de Manizales, y como tales gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares, según el artículo 50 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910."

"**Diez y ocho.**—El contratista podrá nombrar apoderado judicial para que lo represente en el juicio o juicios que deban seguirse para el denuncio de los bienes ocultos del Municipio de Manizales a que se contrae el presente contrato. El Municipio de Manizales no tendrá ninguna obligación con el apoderado judicial de su contratista, a éste le cae toda la responsabilidad de la gestión, la supervigilará y es el único obligado con el Municipio."

"**Diez y nueve.**—En caso de cesión de los derechos del contratista ésta será sometida a la aprobación previa del Concejo el cual se reserva el derecho de no aceptar la cesión si a su juicio ésta no fuere conveniente para los intereses del Municipio. La cesión no tendrá efecto legal sino cuando el cesionario haya garantizado las obligaciones en que se subroga, mediante hipoteca, prenda o fianza, a satisfacción del Concejo."

"**Vigésima.**—Presentada por el contratista la demanda en el juicio correspondiente, si lo abandonare por tres meses continuos o éste se demore por su causa, el contrato se declarará caducado por resolución administrativa y el Concejo seguirá el juicio por medio del Personero, o por apoderado, sin que el contratista tenga derecho a participación alguna."

En desarrollo del contrato, el doctor Robledo Avendaño recibió del Municipio de Manizales para reivindicar los terrenos conocidos con el nombre de "Cementerio Viejo", mediante varias demandas que llegaron a ser acumuladas en un mismo proceso a conocimiento del Juez 2º Civil del Circuito de Manizales. Durante el respectivo término se practicaron pruebas en diciembre de 1946, y después de transcurridas las vacaciones judiciales, en 31 de enero de 1947 murió súbitamente el contratista Robledo Avendaño. Con posterioridad, finalizó el juicio por sentencia absolutoria de los demandados, proferida el 22 de octubre de 1948, de la cual no apeló el Municipio.

El presente litigio fue incoado por Teresa Avendaño de Robledo, como heredera del contratista Robledo Avendaño, y en su demanda pidió las siguientes declaraciones:

"**Primera principal.**—Que el Municipio de Manizales violó o no cumplió en su totalidad las cláusulas contractuales aprobadas por el H. Concejo Municipal de la misma ciudad mediante el Acuerdo Nº 20 del día 3 de diciembre de 1941, sobre denuncia de bienes ocultos del mismo Municipio, suscritas por éste, representado en su Personero Municipal, y el doctor Octavio Robledo Avendaño;

"**Primera subsidiaria.**—Que el Municipio de Manizales, dolosa o culposamente, según se pruebe en el juicio, ejecutó algunos actos y omitió otros en perjuicio de los intereses del Dr. Octavio Robledo Avendaño, o de sus representantes legales o causahabientes, relacionados esos intereses con los negocios, transacciones o contratos a que se ha hecho referencia en el curso de este libelo;

"**Segunda principal.**—Que, en consecuencia, el mismo Municipio de Manizales debe y está en la obligación de pagar a la sucesión del doctor Octavio Robledo Avendaño, heredera Teresa Avendaño viuda de Robledo, la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000) moneda corriente, dentro del término que usted se sirva señalar, suma correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del avalúo de trescientos mil pesos ($ 300.000) dado en la demanda, como participación señalada al doctor Robledo Avendaño en el contrato a que se hizo referencia en el curso de esta demanda, como indemnización;

"**Segunda subsidiaria.**—Que se condene al Municipio de Manizales a pagar a mi poderdante, en la calidad anotada y dentro del término señalado, la suma que resulte probada dentro del juicio, o se estimare por peritos en su oportunidad; o en su caso, que tal suma se liquide mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, también como indemnización por ese dolo o culpa del Municipio por actos u omisiones en contra de los intereses del multicitado doctor Robledo Avendaño, o de sus causahabientes o representantes legales."

Con fecha 23 de mayo de 1952, el Juez 3º Civil del Circuito de Manizales falló en primera instancia, así:

"1º—Declárase responsable al Municipio de

Manizales, por incumplimiento del contrato sobre denuncio de bienes ocultos, celebrado el día tres de diciembre de 1941, en esta ciudad de Manizales, entre aquella entidad y el doctor Octavio Robledo Avendaño.

"2º—En consecuencia, condénase al Municipio de Manizales a pagar a la demandante señora Teresa Avendaño viuda de Robledo, en su carácter de representante legal, heredera única en los derechos del doctor Octavio Robledo Avendaño, los perjuicios que con el incumplimiento del contrato a que se refiere el numeral anterior, le causó.

"3º—El valor de los perjuicios a que se refiere el numeral 2º, se fijará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, teniendo muy en cuenta las bases indicadas en la parte motiva de esta providencia, respecto al valor hasta el cual puede llegar la indemnización, y lo que ésta comprende."

Las dos partes apelaron, y el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en 2 de septiembre de 1954, revocó el fallo de primer grado y, en su lugar absolvió al Municipio de Manizales de los cargos formulados en la demanda.

Es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación que con fundamento en la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial, ha propuesto la parte actora.

Se alega aplicación indebida de los artículos 2143, 2146, 2184, 2189, 1546, 1602, 1604, 1609 del Código Civil, y 41 del Código Fiscal.

Estima el recurrente que como se trataba de reincorporar al Municipio de Manizales un cementerio, bien de uso público, inalienable e imprescriptible, la finalidad buscada por el contrato con Robledo Avendaño cabía dentro de la órbita del "servicio público", como contrato administrativo, y no como contrato de mandato de índole exclusivamente civil, según lo entendió el sentenciador.

Deduce de allí el demandante en casación que al fallecer el contratista Robledo, "el camino que debió seguir su contratante no era otro que el de darle aplicación al artículo 41 del Código Fiscal vigente, cuando dice que en los contratos administrativos debe figurar como causal de caducidad, necesariamente: a) la muerte del contratista, en los casos en que ésta deba producir la terminación del contrato, conforme al Código Civil"; y la caducidad es prerrogativa exclusiva de tales contratos administrativos."

Afirma que no le bastaba al Municipio dejar abandonada la acción por muerte del mandatario según el ordinal 5º del artículo 2189 del Código Civil, en negocio en que tenía intereses comunes con el contratista, sino que —dice— "ha debido dictar una providencia administrativa de caducidad y liquidar con los herederos del doctor Robledo lo que hasta ese momento tuviera él derecho o esperara tener y entonces sí desistir del pleito o permitir que prosperara la demanda."

Considera, entonces, que el Municipio infringió culposamente el contrato y debe indemnizar perjuicios. Cita como violados los artículos del Código Civil: 1602, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes; 1604, que hace al deudor responsable de la culpa leve en los contratos que conlleva beneficio recíproco para las partes; y 1609, en conformidad con el cual ninguno de los contratantes está en mora, en los contratos bilaterales, 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. Opina que al contrato cuestionado le es aplicable el artículo 2146, ibidem, porque el negocio interesaba conjuntamente a quien hizo el encargo y a quien lo aceptó, y agrega:

"No era libre el Municipio sin arreglar previamente con el mandatario —en este caso con sus causahabientes— el precio de sus servicios y de las erogaciones que había hecho, para desistir del juicio incoado, o mejor de los varios acumulados, aunque para ello tuviera muy buenas razones de conveniencia pública, porque de un lado eso ha debido preverlo al formalizar el contrato de denuncio del bien oculto y del otro, ya se había desprendido, en beneficio del doctor Robledo, de un 40% de lo que iba a entrar a su haber. De la misma manera que el mencionado doctor Robledo tampoco estaba en libertad de transigir de cualquier modo, o abandonar el pleito, por estar ligado con vínculos contractuales que lo impedían hacerlo sin caer en sanciones pecuniarias que su cocontratante podía con toda justicia exigirle.

"Dice el artículo 2143 del Código Civil que el mandato puede ser gratuito o remunerado, y que la remuneración se determina por convención de las partes, antes o después del contrato. La que le correspondía al doctor Robledo era del 40% en dinero o en especie, o sea, el equivalente de sus honorarios libremente estipulados y aceptados al firmar el pacto para la prestación de sus servicios profesionales de abogado. Sobre este punto no hay la menor duda: el Municipio cedió esa parte de lo suyo y de ese porcentaje no podía disponer ni por transacción, ni desistimiento, ni

por abandono o falta de interés. El mandato interesaba a ambos contratantes, como reconoce el Tribunal; pero al no proveer un nuevo apoderado y al prescindir de apelar la sentencia adversa, el Municipio de Manizales prácticamente revocó unilateralmente el poder con que había investido al doctor Robledo y dejando sin defensor el litigio, se puso en situación de perderlo y hacerle perder su parte al apoderado.

"El perjuicio para el denunciante, aquí sus herederos, aparece claro en principio, el derecho para reclamarlo surge nítido de las constancias procesales y del hecho de que en el proceso no se manifiesten los elementos de juicio para valorarlo, no se desprende la conclusión de su inexistencia."

Critica al sentenciador en cuanto consideró aleatorio el contrato porque en doctrina se contemplan situaciones en que se avalúan las probabilidades de ganancia o pérdida de un pleito, y los jueces examinan lo que pudiera valer en el fondo el proceso y si una providencia, de haber sido recurrida oportunamente, hubiera podido reformarse o casarse. Trae en su apoyo a los hermanos Mazeaud, de quienes trascribe: "Pero si los Tribunales se muestran bastante inclinados a avaluar las posibilidades de pérdida o de ganancia de su pleito, escasamente se aventuran por esta vía cuando la posibilidad de pérdida es, por ejemplo, la que tenía un caballo de ganar una carrera."

Se refiere al examen de pruebas hecho por el Tribunal y que le condujo a la conclusión de que no había para el Municipio ni la más remota posibilidad de ganar el litigio, cuando por el contrario el recurrente considera que con aplicación de la legislación laica que regía en 1877, el Municipio de Manizales vino a ser dueño del terreno que para cementerio habían adquirido los vecinos, por lo que era un bien de uso público e imprescriptible, y que el fallo adverso se debió a culpa del Municipio, "ya que dejó sin prueba el punto de la identificación del solar objeto de la acción." De donde concluye que era factible, probable y casi seguro el triunfo en aquel litigio, gracias a los cuidados y estudios del denunciante del bien oculto.

En concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien representa en el recurso al Municipio de Manizales, la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la labor de su hijo fallecido, con criterio de equidad, y fiel la Procuraduría "al principio constantemente sostenido de que debe reconocerse la justicia dondequiera que se hallare."

Considera que "los contratos se deben interpretar de buena fe, que son un acuerdo de voluntades, que no existirían sino, como lo advierte Josserand, "en tanto en cuanto las partes tuvieron intención de crear obligaciones jurídicas"; que el contrato bilateral se caracteriza por la "reciprocidad de los compromisos que de él se desprenden," según el mismo autor; que el mandatario se hace cargo de la gestión de uno o más negocios del mandante "por cuenta y riesgo" de éste, conforme a la definición dada por el art. 2142 del C. C. etc., y así podría continuarse en el análisis de las normas que regulan este tipo de convención, para deducir la efectividad del art. 2184 ibidem que, obliga al mandatario a finalizar la gestión principiada cuando de suspenderla se siga perjuicio a los herederos del mandante, muerto éste, también los herederos del mandatario tienen derecho a que el mandante continúe la actividad si de suspenderla pudiera resultar perjuicio a los herederos de aquel. No otra significación puede darse acertadamente a los artículos 2194, 2195 y 2196 de la obra citada."

Sobre estas disposiciones, referentes a la terminación del mandato por muerte del mandante, trascribe el Sr. Procurador una doctrina de la Corte, en el sentido de que la ley "no sólo autoriza, sino que ordena a quien ha iniciado alguna gestión en nombre de quien ha fallecido, el continuarla, cuando de no hacerlo así se sigan perjuicios para los herederos (Art. 2194 del C. C.)"

Se detiene a continuación el Sr. Procurador en demostrar que el contrato entre el Municipio de Manizales y Robledo Avendaño no fue aleatorio, y en debatir la tesis del Tribunal acerca de que aún en el supuesto de que el Municipio estuviese en la obligación de constituir nuevo mandatario, no se podrían deducir perjuicios, puesto que tendrían el carácter de eventuales. Y dice su concepto:

"Contra ese razonamiento bien podría traerse una extensa argumentación; pero al efecto basta la atenta lectura del artículo 1498 del Código Civil, según el cual el álea es "una contingencia incierta de ganancia o pérdida." Es decir, es el azar. O como lo define el Diccionario de la Real Academia Española: "Perteneciente o relativo al juego del azar. Dependiente de algún suceso fortuito." Porque "aleatorius", es propio del juego de dados.

"Mal podría calificarse así el pleito seguido por el doctor Robledo que, habiendo reunido los

requisitos de ley, fue admitido por el Juzgado y trasmitido normalmente. Y menos puede alegarlo el Municipio, que aceptó las bases propuestas por el denunciante del presunto bien oculto y le dió la debida representación para adelantar la litis.

"O había fundamento para el litigio, y entonces desaparece la eventualidad; o no lo había, es decir, era aleatorio el pleito, y en tal caso hizo mal la entidad municipal en aceptar la denuncia, otorgar personería y estimular al abogado para que pusiera al servicio del Municipio sus conocimiento, su actividad y sus recursos pecuniarios para las expensas necesarias."

Se considera:

En dos motivaciones expuestas detenidamente por el Tribunal encuentra apoyo la sentencia recurrida:

a) En que no aparece culpa imputable al Municipio de Manizales con ocasión del contrato sobre bienes ocultos celebrado con el denunciante Octavio Robledo Avendaño, por configurar, no un negocio administrativo, sino un mandato de índole civil, vinculado al evento incierto del respectivo litigio y que terminó con la muerte del mandatario, sin que el mandante quedara en la obligación de hacer ulteriores gestiones en el proceso; y porque, además, el mandato a cuota litis es un contrato aleatorio en que el apoderado asume los riesgos de pérdida, entre los cuales se cuenta su propia muerte, "cuando, por falta de previsión o por cualquiera otra circunstancia —dice el Tribunal— no ha pactado la forma de continuar regularmente el negocio, o no ha designado quién pueda seguir en el evento contemplado."

b) En segundo lugar, y principalmente, porque aunque se admitiera culpa del Municipio, la indemnización carece de base en tratándose no de perjuicio cierto, sino de daño meramente hipotético o eventual, aparte de la circunstancia complementaria de que según los elementos probatorios traídos al debate, las mayores probabilidades están en el sentido de entender que el proceso persecutorio de aquellos bienes ocultos habría siempre terminado en forma adversa a la acción y a los intereses del denunciante.

Aunque es discutible la naturaleza jurídica del contrato sobre bienes ocultos, por las características **sui generis** de que está rodeado, las alegaciones contrarias a las tesis del sentenciador en su primera motivación carecen de incidencias en el recurso, si ha de mantenerse en firme el segundo soporte de la sentencia acusada, desde luego que por sí solo es idóneo para sustentar la absolución del Municipio de Manizales.

Porque es claro que en ausencia de base plausible para discernir la existencia del daño, mal cabe condenar a su reparación. Y sin el efecto, que es el perjuicio, queda en el vacío cualquier examen acerca del error de conducta en que hubiese podido incurrir el Municipio. Donde no está el efecto, es inoficioso buscar la causa eficiente. Si no hay daño, sobra analizar la culpa Tanto más cuanto que en el caso especial que se contempla, esa idea de culpa es inseparable de las probabilidades de buen éxito de la gestión que Robledo Avendaño adelantaba a tiempo de su muerte. Si eran muy remotas o casi nulas, en esa misma razón el insuceso o las pérdidas habrían de dejar de ser imputables a la conducta del Municipio. Y el Tribunal, sin que aparezca ser errónea su juicio y menos aún contraevidente, después de apreciar los elementos probatorios aportados al debate, llegó a la conclusión de que por la eventualidad absoluta de triunfo en el litigio sobre bienes ocultos, el posible perjuicio es de carácter puramente hipotético, no susceptible de indemnización.

Son del sentenciador los siguientes apartes:

"Pero admitiendo en gracia de discusión que el Municipio estaba obligado a continuar el juicio reivindicatorio que había iniciado el doctor Robledo Avendaño, suposición que se hace a fin de analizar el segundo aspecto del problema, y que del hecho de no haberlo seguido se derivaron perjuicios para los herederos del mandatario, perjuicios que están desde luego vinculados al posible resultado de un juicio, al evento incierto de una litis, cabe entonces establecer unos perjuicios que tienen como fundamento suceso tan hipotético, tan contingente, tan inasible, como es el posible resultado de un pleito? Es precisamente este problema el que toca dilucidar.

Se detiene el Tribunal en consideraciones doctrinales, y después dice:

"En el caso de autos, no hay duda de que se trata de un perjuicio eventual surgido de un hecho futuro y eventual como es el resultado de un litigio, un posible fallo favorable en un litigio de magnas proporciones, a juzgar por los elementos de juicio que se trajeron al expediente. En efecto: según lo expuesto y probado, el doctor Octavio Robledo Avendaño, como representante del Municipio de Manizales, adelantaba un juicio de reivindicación contra la Compañía Cen-

tral de Construcciones y otros, relativo a unos terrenos ubicados en la Avenida Santander, denominados "Cementerio Viejo" y afirma al actor que por la circunstancia de haber muerto el apoderado del Municipio y éste no haber querido continuar el juicio, éste naturalmente periclitó resultando de allí los perjuicios ocasionados a los herederos del mandatario.

"Pero se pregunta: hay la certeza o al menos la máxima probabilidad de que si se hubiera seguido el juicio éste se hubiera ganado? Hay la convicción cierta de que el juicio reivindicatorio habría terminado en sentencia favorable para el Municipio y por ende para su apoderado que tenía el 40% de los terrenos que se ganarán? Es muy difícil que se pueda contestar en forma afirmativa; se trata de un acontecimiento eventual como el que más; quien haya litigado siquiera por un breve lapso de tiempo, sabe cómo es de contingente el resultado de un pleito, cuán incierto y difícil el camino que conduce a una sentencia favorable ejecutoriada en última instancia, máxime si se trata de un negocio cuya cuantía admite inclusive recurso de casación y cuando las cuestiones de fondo en él planteadas son intrincadas y discutibles en extremo.

"De ahí que no comparta la Sala el concepto del señor Juez a quo cuando dice en la providencia materia del recurso: "Se dirá que en el presente caso, y por razón del juicio que el doctor Robledo Avendaño adelantaba, el perjuicio no es cierto, por no haberse obtenido la prosperidad de la acción; sólo es verdad esto en el sentido de no saberse a cuánto asciende; y se ignora, precisamente porque el Municipio no permitió la prosecusión del juicio. Mas, en cuanto a que el perjuicio se causó es verdad protuberante, nacida del mismo incumplimiento del contrato. Ya se dijo que el Municipio con su inacción deliberada, destruyó la reconocida probabilidad de ganancia, daño que bien puede valorarse."

"En primer lugar, no tiene base real la hipótesis de que el negocio se hubiera ganado de continuar el Municipio la acción; en segundo lugar, no hay que olvidar que el daño estaba vinculado a ese suceso contingente del resultado de un juicio ya que el contrato, como antes se analizó era aleatorio; en tercer lugar, no hay en el expediente los elementos de juicio para admitir siquiera la "reconocida probabilidad de ganancia" de que habla el fallador de primera instancia, y sí, por el contrario algunos elementos que permiten valorar lo intrincado del problema y lo aventurado de una convicción absoluta de triunfo.

"Los hermanos Mazead en su incomparable obra sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual, Tomo I, página 113, dicen: 'La jurisprudencia nunca ha opuesto dificultades a la admisión de esos principios: desde el momento en que el perjuicio sea cierto, debe ordenarse su reparación, aunque sea futuro, y solamente cuando el perjuicio que la víctima invoca sea eventual, debe rechazarse la acción de responsabilidad.'

"A fin de poner término a las vacilaciones que pudiera originar el empleo indistinto de los objetivos actual y cierto, futuro y eventual, la Sala de Instancia de la Corte de Casación, en tres fallos dictados el 1º de junio de 1932, ha formulado en los términos más claros la siguiente regla: Considerando que, ya no es posible decretar indemnización para reparar un perjuicio puramente eventual, otra cosa acontece cuando el perjuicio, aunque futuro, se muestra a los jueces de hecho como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y como susceptible de estimación inmediata."

"Mas adelante analizan los mismos tratadistas la situación frente a esos principios de perjuicios eventuales, cuando el demandado ha privado al demandante de la probabilidad de realizar una ganancia o de evitar una pérdida, en los siguientes términos: "Deben los Tribunales en estos casos tener en cuenta todas las posibilidades de ganancia o de pérdida que no pudieron entrar en juego por culpa del demandado? O por el contrario, deberá decidirse que en toda esta hipótesis, el perjuicio cuya reparación se solicita es meramente hipotético, y que, en consecuencia no podrán tenerlo en cuenta los Tribunales? Sería razonar equivocadamente, porque no siempre las probabilidades perdidas son los castillos en el aire de la lechera, y en ocasiones son reales. Y en este último supuesto, los Tribunales deberán computar el valor de la probabilidad, sea grande o ínfima. No vacilan en hacerlo así los Tribunales cuando la probabilidad perdida es la de ganar el pleito; examinan entonces los jueces lo que pudiera valer en el fondo el proceso si una providencia de haber sido recurrida, hubiera podido reformarse o casarse." (Subraya el Tribunal)

"De acuerdo con este criterio, deben los jueces adentrarse en las intimidades mismas del proceso que el demandante alega haberse perdido por falta de actividad del demandado y del

que hace fluir la responsabilidad, a fin de examinar, de acuerdo con las constancias procesales, cuáles eran más o menos las posibilidades de éxito que la acción tenía; vale decir, que debe fallar casi dos procesos: aquel que se perdió por inacción y el de responsabilidad. Es obvio que para ello necesita el Juez estar en posesión de todos los elementos de criterio que le permitan formarse una idea probable del resultado del negocio primitivo, y sin que deje de quedar, desde luego, un margen de duda, un elemento de probabilidad, de incertidumbre que le resta solidez a su razonamiento.

"Aplicando este criterio al caso controvertido, se tiene que el fallador carece de esos elementos de juicio, toda vez que el proceso fuente de la acción de indemnización no fue trasladado a éste sino en parte. No se encuentra la manera de hacer un análisis completo de la acción de reivindicación incoada, porque las pruebas pertinentes de esa acción no aparecen en este juicio.

"Cuatro condiciones configuran la acción reivindicatoria: a) Derecho de dominio del demandante; b) Posesión en el demandado; c) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y d) Que lo que se posee por el demandado sea lo mismo que reclama el demandante, titular del derecho. Pues para tener una idea exacta de las probabilidades de éxito que tenía el doctor Robledo Avendaño era necesario que en este juicio se pudieran apreciar concretamente todos esos fundamentos de la acción por él instaurada: examinar los títulos, la posesión de los demandados; tener idea cierta de la identidad de la cosa, etc., a fin de que el juzgador, de acuerdo con el criterio sobre la viabilidad y posibilidad de éxito del aludido juicio reivindicatorio.

"Y desde luego, como puede verse en las constancias procesales, gran parte de esos elementos no aparecen, de modo que no hay ni siquiera base para ensayar la aplicación de la mencionada teoría.

"Por el contrario, hay un factor desfavorable a la tesis del demandante, en la inspección ocular que a petición del señor Fiscal del Tribunal se practicó en la segunda instancia, con asistencia de los peritos doctores Alfonso Muñoz Botero y Bernardo Zuluaga Echeverri, inspección de la cual se deduce que no fue posible identificar el lote que perseguía el doctor Robledo Avendaño; las conclusiones de ese dictamen, que no fue objetado por la contraparte, son en síntesis las siguientes: a) Que sólo es identificable el lindero Norte del predio determinado en el hecho 5º de la demanda reivindiactoria; que respecto de los otros linderos, o sea el lindero por el Oriente con terrenos del vendedor como lo reza el título, no es posible saber, ni localizar, ni individualizar, cuáles son hoy en día esos terrenos del vendedor, o sea el que vendió Cecilio Muñoz al señor Cura de esta Parroquia como lo dice el título que obra en dicho expediente y como presidente dicho Cura de la "Junta Católica". Que tampoco es posible saber, ni localizar, ni individualizar sobre el terreno, el lindero occidental de dicho lote.....etc.

"De tal manera que lejos de que haya base para conceptuar sobre el resultado favorable del reivindicatorio, hay por el contrario elementos que permiten apreciar cómo había factores que hacían imposible o al menos muy difícil un final exitoso de la acción."

Mas adelante agrega el Tribunal:

"Todas estas consideraciones han llevado a la conclusión de que la acción incoada no puede progresar por carencia del derecho en el demandante, por cualquiera de los dos aspectos que se considere el problema: la terminación del mandato que exoneró al Municipio de la obligación de continuar el contrato, o la imposibilidad de deducir responsabilidad por tratarse de perjuicios eventuales, aún razonando sobre la base o suposición de que el Municipio sí estaba obligado a continuar la acción."

En cuanto a la calificación del perjuicio como puramente eventual o hipotético, no hay duda de que en casos como el que se examina, el punto es de aquellos que sólo pueden apreciarse por medio de inferencias lógicas, cuya valoración, significado y alcance atañe a los poderes discrecionales del sentenciador. Y si el Tribunal, dentro de las facultades que le competen para formar su propia convicción, no ha contrariado en modo alguno la evidencia del proceso, su juicio prevalece ante la Corte, no puede ser sustituido con otro ninguno, y quedan sin relieve los reparos aducidos dentro de este recurso extraordinario, ceñido a derecho y no equiparable en modo alguno a tercera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justi-

cia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, NO CASA la sentencia de fecha 2 de septiembre de 1954 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

No hay costas.

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

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. Con salvamento de voto. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ

Con verdadera pena me he separado de mis ilustres colegas, al votar la sentencia que decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra el fallo del H. Tribunal Superior de Manizales, fechado el 2 de septiembre de 1954 y proferido en el juicio ordinario de la señora Teresa Avendaño v. de Robledo contra el Municipio de Manizales. Y ello, no obstante el reconocido afán de la corporación de agotar el estudio y de hallar la solución justa, afán que en este caso se patentizó en las distintas sesiones de la Sala dedicadas a este asunto, como en la circunstancia —que relieva la elevada aptitud de juzgador del señor Magistrado Ponente— de haber formulado una nueva motivación, tratando de desatar el recurso en una forma en que coincidieran los distintos pareceres. Con todo, ello no fue posible respecto a los que paso a exponer con el mayor comedimiento como razones de mi voto disidente.

El Ministerio Público, en representación del Municipio en el recurso de casación, es de concepto que debe infirmarse la sentencia. "La Procuraduría General —dice— fiel al principio constantemente sostenido de que debe reconocerse la justicia dondequiera que se hallare, estima que la señora Teresa Avendaño v. de Robledo tiene derecho a que el Municipio de Manizales le reconozca y pague la labor de su hijo fallecido".

Primero.

1.—La sentencia recurrida tiene dos fundamentos:

1º—El contrato de bienes ocultos es "de derecho privado, regido por las disposiciones pertinentes del C. C.", y específicamente es un mandato, sometido, además, por el aspecto de tratarse de servicios de profesiones que suponen largos estudios, a las reglas del mandato, según el artículo 2144 del mismo código, motivo por el cual termina, de consiguiente, con la muerte del mandatario, según el ordinal 5º del artículo 2189 del C. C. (fs. vt., 23 vt. ib. C. 3º) O en otros términos: no se trata en el caso de autos sino de un simple mandato judicial. De esta suerte, fallecido el doctor Robledo Avendaño, el Municipio podía abandonar el juicio sin contar con los sucesores de éste. Y en el supuesto de haber incurrido en culpa la entidad municipal, por haberse negado a designar nuevo mandatario y haber abandonado el juicio, sin arreglo previo con el contratista o sus herederos, muerto el primero, se trataría de un perjuicio eventual, por tanto, inestimable, por no saberse como habría de desatarse el juicio definitivamente.

2.—La sentencia de la Corte sólo se refiere al segundo fundamento del fallo de instancia, si bien dice que es discutible la naturaleza del contrato de bienes ocultos. En mi concepto hay elementos para estimar el daño, como se verá adelante; pero, de nada servirían tales elementos, si no existiese la culpa del Municipio, de manera que ante todo debo tratar de esta cuestión. Lo cual me obliga a referirme ante todo a la naturaleza del contrato de bienes ocultos.

Segundo.

3.—Considero que el contrato llamado de bienes ocultos es una convención **sui generis**, parece que peculiar de la administración pública en Colombia, que lejos de consistir en una mera relación de mandato, es la razón de ser del mandato de que la entidad oficial inviste al contratista-denunciante, para realizar los fines del contrato. No se trata de un simple mandato; ni es la relación de mandato el factor predominante en la interpretación, desarrollo y cumplimiento del contrato de bienes ocultos.

Según el Consejo de Estado, no es un mandato reglamentado por el C. C., sino un "contrato especial cuya finalidad y caracteres define el artículo 30 del C. Fiscal" (sent. de junio 18 de 1935 "Anales del Consejo de Estado" tº XXIX. 227). Y según la Corte, el mandato no es sino desarrollo y consecuencia del contrato de bienes ocultos (Sala de Negocios Generales, sent. de abril 9 de 1943. LVI. 493). Yerra, por tanto, fundamentalmente, en mi concepto el fallo de instancia al considerar que tal contrato no es más que un mandato, y al hacer depender todo ulterior desenvolvimiento del contrato de bienes ocultos, de las relaciones del mandato, hasta el

extremo de que al expirar éste por la muerte del apoderado, terminan también los vínculos nacidos entre la entidad contratante y el contratista, en razón de un contrato respecto del cual el poder que se confiere al último, no es sino el medio de realizar los objetivos que movieron a las partes a celebrarlo.

4.—Se trata de un contrato sui generis, por los motivos que se exponen enseguida, de conformidad con los artículos 29 y 30 del C. F., 1º, 2º y 3º de la Ley 37 de 1935 y el Decreto Nº 2063 de 1936, reglamentario de esta ley. En el juicio no aparece la Ordenanza que en el Departamento de Caldas rige esta materia. Es un contrato sui generis:

A)—**Por la situación de hecho** que lo genera, sin duda singular, consistente en que una entidad de derecho público ignore lo que tiene.

B)—**Por la primera finalidad** que persigue en favor de la entidad pública: que ésta salga de la ignorancia en que vive respecto de lo que le pertenece: el contratista se obliga a ponerla en el conocimiento de lo que es suyo.

C)—**Por la segunda, sustancial y determinante finalidad:** que la entidad recupere lo que le pertenece: a ello se obliga el contratista.

Se comprende que la situación y las finalidades dichas y de éstas particularmente la primera, son peculiares, exclusivas, de este contrato y están lejos de configurar una mera y sola relación de mandato entre el denunciante-contratista y la entidad pública.

D)— **Por las condiciones o estipulaciones que** debe contener:

1º—A los veinte días de celebrado, el contratista debe denunciar concretamente el bien oculto, en exposición clara y precisa, y decir qué acción o acciones deben incoarse; y a los seis meses se compromete a presentar las pruebas que acrediten la existencia legal del bien oculto (ib. a. 7º A) y B).

2º—El agente del Ministerio Público debe ser oído, acerca de si el bien es o no oculto y las acciones son o nó procedentes (ib. d);

3º—Con vista de todo, la entidad estudia el problema planteado y declara en resolución motivada, si el bien tiene o nó dicho carácter y si las acciones son o nó viables: en caso afirmativo, debe investir al contratista de la personería suficiente para ejercerlas (ib. e), f) y g);

4º—En caso negativo, el contratista puede acusar la resolución ante la autoridad contencioso-administrativa: si ésta falla en sentido contrario, la Administración deberá conferir poder al contratista; si no, el contrato queda sin más efecto (ib. h);

5º—La entidad debe estimar las pruebas sobre la existencia del bien, según las normas vigentes al respecto en materia civil (ib. a. 19), de modo que la Administración, como la rama contencioso- administrativa, en su caso, están obligadas a hacer un estudio a fondo del problema jurídico, ante la ley sustantiva y el derecho probatorio, a fin de que no se acometa la ejecución del contrato a humo de pajas;

6º—El contratista debe hacer todos los gastos que causen el juicio o los juicios, la entrega de los bienes, el avalúo de éstos, la liquidación de la participación, etc. (ib. j);

7º—La participación del contratista en el monto de los bienes que ingresen al patrimonio público, de modo que la finalidad del contrato, para el denunciante, está necesariamente unida a la finalidad que envuelve para la persona jurídica oficial;

8º—Dentro de los sesenta días contados desde la fecha de la escritura mediante la cual se le confiere el poder, el contratista debe presentar la demanda, bajo la sanción de que se declare caducado el contrato y se haga efectiva la caución estipulada; y presentada, debe llevar el juicio hasta su fin, bajo las mismas sanciones si lo abandona por tres meses consecutivos, caso en el cual la entidad lo adelantará con el representante o apoderado que disponga, sin derecho del contratista a remuneración alguna (ib. a. 8º y 9º).

Lo que más se destaca en esta labor preparatoria con rasgos originales, es el esfuerzo investigativo o de valoración de los elementos de derecho y de hecho tocantes a la existencia legal del bien, que según el denunciante, pertenece a la persona de derecho público, a fin de que ésta no tome una determinación tan grave, como la de adelantar uno o más pleitos, sin el fundamento jurídico suficiente. No basta que un profesional, por respetable que sea, afirme que la entidad tiene un derecho que desconoce, para que ésta le otorgue mandato a fin de hacerlo efectivo. Los preceptos legales sobre la materia, no lo estatuyen así; por el contrario, buscan que no se abrace tal empresa sino después de pormenorizado examen del aspecto jurídico sustantivo, del aspecto probatorio y de las acciones que se deben ejercer. Y si fuese necesario, que la justicia con-

tencioso-administrativa repita este estudio y diga la última palabra.

E) Por las ocurrencias características a que puede haber lugar, por ejemplo:

1º—Antes y después de celebrado el contrato el denunciante puede hacer valer **el recurso de reposición** contra los proveídos que le sean desfavorables (ib. a. 4º);

2º—Celebrado el contrato, tiene lugar el **recurso contencioso- administrativo** contra la resolución que niegue al bien la calidad de oculto o a las acciones indicadas su procedencia;

3º—Celebrado el contrato, hay lugar a **practicar pruebas**, inclusive inspecciones oculares, en las oficinas o dependencias de la misma entidad, con el objeto de establecer la existencia del bien oculto (ib. aa. 16, 17 y 18);

4º—La entidad puede revocar el poder, **dejando al contratista como coadyuvante**, cuando a juicio de ella así convenga a los intereses públicos (a. 7º g) ib);

5º—El contratista **podrá ceder sus derechos y obligaciones** con la autorización de la entidad, quien podrá negarla, si no fuere conveniente a sus intereses (a. 14 ib.)

6º—La entidad podrá declarar la caducidad administrativa del contrato: si el denunciante deja pasar seis meses sin hacer ninguna gestión o diligencia en la tramitación del denuncio; si dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del poder, no presenta la demanda; o si presentada, abandona el juicio por tres meses continuos, con aplicación, además, de la cláusula penal.

Débese insistir en que el hecho de someter al estudio y a la apreciación decisiva de la Administración, la cuestión de la existencia del derecho denunciado, cuestión que siempre implica la de la prueba, cuya valoración debe hacerse según la ley, así como la referente a las acciones, imprime a este contrato caracteres propios, ya que sólo cuando así lo considera la Administración, el contrato entra en su verdadera ejecución, la cual no podría concluir normalmente sino agotada la gestión. Así lo preceptúan el artículo 9º del citado Decreto y la cláusula 7ª del contrato de autos y lo imponen aquellos preliminares de estudio cuidadoso y documentado, en los cuales la entidad pública puede disponer del mayor acopio de pruebas, inclusive inspecciones oculares, y de medios y fuentes diversos de información, y de número no escaso de funcionarios que agoten el examen jurídico del problema. Toda esta construcción no puede fenecer al morir el mandatario, como si entre el denunciante y la entidad no existiese sino un lazo de procuración; ni por el hecho de la muerte, desaparece el bien oculto, esto es, su existencia jurídica, lo mismo que las pruebas y la legalidad de las acciones. Lo que jurídicamente es, no deja de serlo por que fallezca el mandatario, y si es verdad que el mandato termina, no lo es que por ello el contrato de bienes ocultos termine: sigue vinculado a la **entidad**, para que, por lo pronto, designe nuevo apoderado o continúe su desarrollo con sus funcionarios, y a los sucesores del contratista, para que atiendan a los gastos que demande el juicio o los juicios en curso y los que sea menester promover.

5º—Se infiere de lo anterior:

1º—Un acto jurídico que contiene tales estipulaciones y puede tener tales desarrollos e incidencias, es un contrato de naturaleza **sui generis** —parece que propio de la legislación colombiana—. Es un contrato especial, como lo ha dicho el Consejo de Estado.

2º—Es un contrato especial, de finalidad y rasgos característicos, dados los preliminares de su celebración y desarrollo, las estipulaciones que lo componen y los efectos y consecuencias que genera, contrato que liga a las partes en su objetivo esencial, cual es la recuperación o efectividad del bien.

3º—El contrato entre la Administración y el denunciante se celebra porque éste aporta el conocimiento de que existe un derecho cuya existencia ignora la entidad oficial, conocimiento adquirido mediante trabajo, inversiones, experiencia y estudio; porque la Administración —o en su lugar la justicia administrativa— considera, en vista de las razones y probanzas del denuncio, que el bien tiene el carácter de oculto, es decir, que le pertenece y que las acciones señaladas son los caminos adecuados para recuperarlo. Tal aporte representa un valor innegable al ingresar al patrimonio de la Administración. El mandato viene como includible efecto, como desarrollo de la convención, según la Corte; o más claramente, como instrumento por medio del cual se van a realizar las finalidades del denuncio y del contrato. No podría existir la procuración, sin el denuncio, sin la entrega del secreto a la Administración, sin la calificación de pruebas y acciones, hecha en formal providencia. Por tanto, el contrato no puede interpretarse a la luz de la sola procuración, ni puede ésta determinar por sí sola sus consecuencias, hasta el punto de que por expirar la procuración el contrato caduca y la entidad puede obrar como a bien lo tenga, sin contar con los derechos transmitidos.

Tercero.

6.—Se sigue de lo anteriormente expuesto que si la muerte del contratista pone fin al mandato, no por ello pone fin al contrato sobre denuncio del bien oculto. Si el contrato se celebró para recuperar el bien, no es lógico suponer que cese en el evento de que el mandatario muera, con aplicación llana y formal del ordinal 5º del artículo 2189 del C. C., como si la existencia del derecho oculto y la eficacia de las acciones dependiesen de la vida del mandatario. No termina respecto de éste, de modo que puedan sus sucesores eximirse de atender el juicio en cuanto a ellos incumbe, v. gr. en los gastos y costos; ni tampoco respecto de la Administración, de suerte que pueda burlar el aporte del secreto y de los conocimientos y del trabajo del denunciante.

Por eso, ni en el Decreto Ejecutivo, ni en el contrato de este juicio, se prevé la expiración del convenio por el fallecimiento del denunciante-contratista. Y creo, en consecuencia, que, por haber resuelto un problema que no es de expiración del mandato, el Tribunal quebrantó aquel texto, por indebida aplicación.

Cuarto.

7.—Fallecido el doctor Robledo Avendaño, su heredera universal, señora Teresa Avendaño de Robledo, solicitó del Concejo, del Alcalde y del Personero de Manizales que se designara nuevo apoderado que continuase la gestión (f. 74 v. y 85 v. C. 2º). Era cuanto ella podía y debía hacer, por el momento, como sucesora del contratista. Pero, no fue oída, al paso que el Personero dejaba transcurrir el término para practicar pruebas, el término del traslado para alegar de conclusión y el término para recurrir del fallo de primera instancia, sin practicar las pruebas que faltaban, sin alegar ni apelar.

8.—No es dudoso el punto de que el Municipio debió acceder a nombrar nuevo apoderado o al menos hacerse parte en el juicio por medio de su personero, a menos que acordase con la sucesora la forma de ponerle término al contrato. El que el artículo 7º g), del Decreto citado, permita revocar el poder, dejando al contratista como coadyuvante únicamente, "cuando a su juicio así convenga a los intereses públicos", no es para que allí concluya el juicio, sino para que continúe con otro apoderado o con el Personero, según lo dispone dicho precepto. Ni cuando reza el contrato que podrá el Municipio declarar la caducidad en caso de descuido del contratista, significa que allí finaliza el proceso, puesto que manda seguirlo por medio del Personero o de otro procurador. Es que la finalidad de la convención es la efectividad del derecho oculto. Del mismo modo, si la muerte arrebata al mandatario, ha de nombrarse uno nuevo, de acuerdo con los herederos, o hacer que el Personero continúe la actuación, porque si la procuración expiró, las relaciones de fondo originadas del denuncio y del contrato no por ello terminaron. Lo demás quebranta el espíritu del contrato y su proceso de ejecución, lealmente entendido.

9.—De las voces literales del contrato no aparece expresa la obligación de designar nuevo apoderado. Pero, tampoco aparece el derecho de poder abandonar el juicio, y además, la lógica enseña, que si la entidad debe adelantarlo cuando se declare la caducidad, por haberlo abandonado el contratista, o cuando se le reemplaza, por conveniencia oficial, continuando éste como simple coadyuvante, del mismo modo debe proseguirlo en caso de muerte, salvo acuerdo con los sucesores de aquél. Por una parte. Por otra, implícita está la convención, la expresada obligación de seguirlo, por la finalidad de ésta, cual es la de recuperar el bien, ya que el abandono del juicio no es precisamente el camino para reivindicarlo.

10.—No hay, pues, duda de que la circunstancia de no haber sido atendida la heredera para que se designase nuevo Procurador y el abandono en que mantuvo el Municipio el proceso, prueban en esta entidad un obvio desvío en el natural y leal desarrollo del contrato, una conducta contraria a los fines de éste, y por tanto, una culpa de que es responsable. El artículo 1602 citado por el recurrente como infringido, dispone que todo contrato es una ley para los contratantes y que no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo o por causas legales, entre las cuales no figura, en este caso, la muerte del contratista sino respecto del mero mandato.

El hecho de no haber apelado no fue sino una consecuencia del abandono la infracción ya se había consumado, y habría podido apelar y sin embargo la culpa no se habría borrado, si en la segunda instancia no se hubiesen podido practicar las pruebas que el abandono no permitió practicar.

11.—En último análisis, el Municipio abusó del derecho, puesto que si se convenció de que había emprendido un pleito sin trazas de ganarlo, —nunca expuso este extremo—, o de que más le

valían otras consideraciones, era libre de suspenderlo o ponerle fin. Pero, así como el mandante —en la relación de mero mandato— debe resarcir el perjuicio que causa al mandatario con la revocación injustificada, porque ello envuelve un abuso del derecho de revocación, la Administración debe resarcir al contratista en tratándose de la convención de bienes ocultos, el daño que le infiera al desistir del juicio, o al transigirlo, a espaldas suyas, o al negarse a nombrar nuevo procurador o abandonar el pleito, en caso de fallecimiento del contratista. Porque da lo mismo desistir o transigir unilateral y separadamente, que abandonar el pleito. El abandono es una forma tácita de desistimiento.

12.—Hay constancia procesal de que en vida del contratista, **por iniciativa del Municipio,** se trató de poner fin al contrato por medio de una transacción entre el Municipio y el Dr. Robledo Avendaño. (V. la carta del apoderado, folio 83 v. C. 2º). Tal era el camino legal que el Municipio debió seguir. Muerto el doctor Robledo Avendaño, en vez de transigir con su heredera, se adoptó una vía al parecer más expedita; ni nombrar nuevo mandatario, ni apersonarse el agente del ministerio público en el litigio, ni apelar de la sentencia tres procedimientos dentro de un mismo sistema contrario al espíritu y a la finalidad del contrato. La Corte no podía hallar inadecuado ahora el camino que la Municipalidad consideró del caso seguir en vida del contratista. La transacción entonces sugerida a mediados de 1946, no se realizó y el apoderado falleció el 31 de enero del año siguiente.

13.—Pudieron influir en el Municipio las circunstancias de carácter social a que los apoderados de algunos de los demandados se refieren en memorial dirigido a los funcionarios de la misma entidad. Debió preverlo al hacer el estudio preliminar del problema jurídico. En ello intervinieron Alcalde, Personero y Concejo. Si luego consideró aquellas circunstancias como prevalecientes sobre el imperativo de cumplir lo pactado, debió consumar el arreglo que sugirió en vida del contratista, o aceptar el más sencillo propuesto por la heredera posteriormente, para lo cual fue inútil el concepto razonado de la Sección Jurídica de la Gobernación del Departamento de Caldas, en un todo favorable al arreglo.

Quinto.

14.—El fallo recurrido dice que no es avaluable el daño, por depender del azar de la litis. En primer lugar, debido al abandono del pleito, es decir, a la culpa del Municipio, no se vió el desenlace final del litigio. No se sabe si un juicio se gana o se pierde sino en presencia del fallo ejecutoriado, y si es por culpa del mandante que no llega el desenlace, no se puede negar que hay un factor en su contra que no puede desatenderse y que se desenvuelve necesariamente en la obligación de pagar el emolumento estipulado. Así se hace cuando contratados los servicios de un abogado a cuota litis, se le revoca el poder, sin causa justa.

La Corte (Sala de Negocios Generales) en su fallo citado de 9 de abril de 1943 (LVI. 490), también referente a un contrato de bienes ocultos, incumplido por una entidad de derecho público, se vale de un criterio distinto: el perjuicio está representado: a) no por el porcentaje estipulado sino por el honorario que corresponde a gestiones análogas, a cargo a un abogado de buena reputación; b) por los gastos hechos en el descubrimiento del bien; y c) por el valor del secreto relativo al bien oculto y de los conocimientos que el contratista entregó a la entidad pública.

En el expediente hay constancia de los estudios hechos por el Dr. Robledo Avendaño sobre el problema jurídico tocante a la propiedad del inmueble. La comunicación del secreto profesional a la entidad es un hecho, y consta igualmente que atendió con actividad esmerada y permanente los diversos juicios, separadamente al principio, y luego acumulados, los cuales le causaron gastos necesariamente. Todo ello es estimable en dinero.

Sexto.

16.—Con respecto al recurso, es clara la infracción de los artículos 1602, 1604, inciso 1º y 2189, ordinal 5º del C. C.: el primero por haber sido desconocido el contrato de bienes ocultos, que no es un simple mandato; el segundo, porque el abandono del pleito por parte del Municipio es culposo, y el último, por haber sido resuelto con él un problema que no se reducía a la mera expiración del mandato.

Sobre la base de la culpa, la condena in genere de pagar perjuicios sería una consecuencia. ¿Que no se sabe si habría de ganarse o perderse el pleito? Tampoco lo supo la Corte en la mencionada sentencia y sin embargo condenó a cubrir el honorario que se acostumbra pagar por atender un pleito de las mismas condiciones a un buen abogado, más gastos hechos en la preparación del litigio y el valor del secreto y de los conocimientos entregados a la entidad pública. Para la Procuraduría, el perjuicio equivale a "unos honorarios profesionales corrientes, habida cuenta del trabajo que adelantó y de los gastos que hizo el abogado."

José J. Gómez R.

Bogotá, julio de 1955.

SALA DE CASACION PENAL

FACULTAD DE LOS GOBERNADORES DE NOMBRAR FISCALES INTERINOS CUANDO POR CAUSA DE IMPEDIMENTO O RECUSACION, SOBREVIENE LA FALTA DE LOS TITULARES.

De acuerdo con el artículo 123 del Código de Régimen Político y Municipal, los Gobernadores son los representantes jurídicos y Jefes Administrativos de los Departamentos; y al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, dichos funcionarios tienen, entre otras, la facultad de nombrar Fiscales interinos cuando, por causa de impedimento o recusación, sobreviene la falta de los respectivos titulares.

Verdad es que, en casos como el de autos, la autoridad política que —no a nombre propio sino del Departamento— se ha constituído parte civil en un proceso es la misma que hace la designación del Fiscal interino que ha de reemplazar al titular impedido, de donde resulta la aparente colisión de actividades que ha preocupado al Doctor Castro; pero sobre el particular debe observarse que ello es consecuencia de mandatos legales no susceptibles de interpretación por su manifiesta claridad: que el apoderado de un Departamento constituído parte civil en un proceso representa EXCLUSIVAMENTE a la entidad de derecho público y no al Gobernador que confirió el respectivo poder, sin que sea posible imaginar ni legal, ni jurídica, ni moralmente, interés ninguno de carácter PERSONAL del funcionario administrativo en la secuela del juicio, y que muchísimo menos puede admitirse que, por esa circunstancia o razón, los Gobernadores se hallaran inhibidos para nombrar los Fiscales llamados a intervenir en las investigaciones, o ellos para desempeñar sus funciones, que no son otras que las de llevar la representación de la sociedad, como personeros del Estado, en orden al ejercicio de la acción pública, procurando la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción; y que sería absurdo suponer que los nombramientos hechos por los Gobernadores con tal fin implicasen la menor restricción en el honesto y libre desempeño de tan elevada misión. La designación de un funcionario judicial o del Ministerio Público, en manera alguna desvirtúa la acción que la Constitución y la ley han puesto en manos del Estado, por medio de los diferentes órganos del Poder.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, primero de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Ya había conocido la Sala de las presentes diligencias contra Antonio Guerrero Franco, con ocasión del impedimento manifestado por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, doctor Luis F. Rincón Castro, cuya separación del proceso aceptó la Corte contra lo resuelto por aquella Corporación.

La Gobernación de Boyacá, para suplir la falta del titular, nombró como Fiscal *ad- hoc* al doctor Mario Castro Márquez, quien —una vez posesionado del cargo y cuando debía decir si tenía pruebas qué solicitar, pues el negocio se hallaba en el Tribunal por apelación de la sentencia absolutoria proferida en el juicio— pidió también se le declarara separado del conocimiento. No accedió el Tribunal, y apelada la respectiva providencia por el doctor Castro Márquez, el expediente se envió a la Corte para la decisión del recurso (27 a 31 v., cuaderno 8).

A ello se procede, no sin dejar constancia de que

el Tribunal tramitó el incidente en la forma establecida para los recursos contra los autos interlocutorios, con preterminación de lo prescrito para estos casos en los artículos 74 a 79 del estatuto procesal.

Fundó su manifestación de impedimento el doctor Castro Márquez en que el Gobierno Departamental se constituyó en parte civil y confirió poder para la presentación de la demanda respectiva encaminada a obtener indemnización de perjuicios.

"En estas condiciones —dice el doctor Castro Márquez— el origen de mi nombramiento rompe el equilibrio, que debe existir, de las partes ante la ley. La noción fundamental de la igualdad de las partes ante la ley responde a un elevado criterio, según el cual, el Estado no puede ejecutar actos que favorezcan a una de las partes, así sea en apariencia, porque su obligación es la de amparar por igual los derechos de quienes intervienen en el juicio".

Anota al respecto el Tribunal que el Gobierno Departamental, al constituirse parte civil y nombrar apoderado en el proceso a fin de conseguir la indemnización de perjuicios causados con el delito imputado a Antonio Guerrero Franco, "actúa en un plano simplemente administrativo y no social y por ende no rompe nunca ese equilibrio (de que habla el doctor Castro Márquez), y menos cuando recae el nombramiento en una persona de singular prestancia intelectual, moral y jurídica".

Se considera:

De acuerdo con el artículo 123 del Código de Régimen Político y Municipal, los Gobernadores son los representantes jurídicos y Jefes Administrativos de los Departamentos; y al tenor de lo dispuesto en el 79 del Código de Procedimiento Penal, dichos funcionarios tienen, entre otras, la facultad de nombrar Fiscales interinos cuando, por causa de impedimento o recusación, sobreviene la falta de los respectivos titulares. Tanto al constituirse parte civil en el proceso contra Guerrero Franco y designar apoderado que formulara la demanda en orden al resarcimiento de los perjuicios causados con el delito, en guarda de los intereses seccionales, como al hacer el nombramiento de Fiscal ad-hoc en reemplazo del titular impedido, el Gobernador de Boyacá cumplió actos típicamente administrativos, en desarrollo de claros deberes dirigidos a mantener, de un lado, el curso normal del rodaje administrativo y, de otro, el de la administración de justicia.

Verdad es que, en casos como el de autos, la autoridad política que —no a nombre propio sino del Departamento— se ha constituído parte civil en un proceso es la misma que hace la designación del Fiscal interino que ha de reemplazar al titular impedido, de donde resulta la aparente colisión de actividades que ha preocupado al doctor Castro Márquez: pero sobre el particular debe observarse que ello es consecuencia de mandatos legales no susceptibles de interpretación por su manifiesta claridad; que el apoderado de un Departamento constituído parte civil en un proceso representa *exclusivamente* a la entidad de derecho público y no al Gobernador que confirió el respectivo poder, sin que sea posible imaginar ni legal, ni jurídica, ni moralmente, interés ninguno de carácter *personal* del funcionario administrativo en la secuela del juicio, y que muchísimo menos puede admitirse que, por esa circunstancia o razón, los Gobernadores se hallarán inhibidos para nombrar los Fiscales llamados a intervenir en las investigaciones, o ellos para desempeñar sus funciones, que no son otras que las de llevar la representación de la sociedad, como personeros del Estado, en orden al ejercicio de la acción pública, procurando la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción; y que sería absurdo suponer que los nombramientos hechos por los Gobernadores con tal fin implicasen la menor restricción en el honesto y libre desempeño de tan elevada misión. La designación de un funcionario judicial o del Ministerio Público, en manera alguna desvirtúa la acción que la Constitución y la ley han puesto en manos del Estado, por medio de los diferentes órganos del Poder.

Por lo demás, como lo advierte acertadamente el Tribunal, si se aceptara el razonamiento del doctor Castro Márquez, "la persona nuevamente designada para desempeñar el cargo de Fiscal interino podría invocar las mismas causales para conseguir la separación del proceso penal", incurriéndose así en un círculo vicioso que paralizaría prácticamente la acción de la justicia.

Oportuno es advertir que la Sala no ha entrado a resolver sobre el incidente en virtud del recurso de apelación irregularmente interpuesto y concedido contra la providencia que no accedió a declarar separado al doctor Castro Márquez del conocimiento de este negocio; y que es una razón de economía del procedimiento la que determina a la Corte a no ordenar la devolución de los autos al Tribunal de origen con el único objeto de que tal Corporación los envíe de nuevo a esta superioridad, lo que se resentiría de excesivo formulismo.

Para que el Tribunal proceda en lo futuro como es debido, se transcribe a continuación lo dicho por

la Sala sobre la manera de tramitar los incidentes de impedimento en casos como el presente:

"Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado, y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador que designe un interino para ese proceso si sólo hay uno; *pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento.* (Autos, 4 febrero 1948, LXIII, 865; 4 febrero 1948, LXIV, 532)".

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el Fiscal ad-hoc, doctor Mario Castro Márquez, para conocer del negocio que se adelanta contra Antonio Guerrero Franco por el delito de peculado.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COLISION DE COMPETENCIAS

El auto que suscita un incidente en el proceso, como ocurre con la competencia, es interlocutorio; y, por lo mismo, debe ser motivado. En el presente caso, el señor juez (de la justicia ordinaria), que suscitó la colisión, ningún análisis jurídico hizo para hacerle ver a la Justicia Militar que debía conocer del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — **Sala de lo Penal.** Bogotá, primero de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

El señor Juez Segundo Superior de Buga, en auto de fecha trece de septiembre de 1954, dispuso:

"El conocimiento del presente negocio corresponde privativamente al señor Juez Penal Militar de la Tercera Brigada, en Cali, al tenor de lo prescrito en los Decretos del Ejecutivo números 1125 de 1950, 1005 de 1952, 1814 de 1953, 2900 de 1953 y 1426 de 1954. En consecuencia, ciérrese este negocio y remítase original al citado funcionario para que él, o el Auditor de Guerra que designe, avoquen su conocimiento y adelanten la investigación. Caso de que el susodicho funcionario no aceptara la colisión de competencia (sic) que se le plantea, remitirá el negocio a la H. Corte Militar de Casación y Revisión, para que ella dirima en definitiva este incidente. Cancélese la radicación y anótese en el libro registro correspondiente".

El Comando de la Tercera Brigada, en providencia debidamente motivada, no aceptó las razones del Juez provocante, por estimar que el negocio es de la competencia de la justicia ordinaria. Por lo tanto, ordenó remitir el asunto a la Corte Suprema para que dirima la colisión, conforme al artículo 1º (no 18) del Decreto 2900 de 1953.

Con todo, este Despacho se abstiene de resolver el incidente, por hallarse mal tramitado en el Juzgado 2º Superior de Buga.

En efecto, el auto que suscita un incidente en el proceso, como ocurre con la competencia, es interlocutorio, al tenor del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal; y, por lo mismo, debe ser motivado, según el artículo 158 ibidem. Tan evidente es esto, que el artículo 67 del estado citado le impone al funcionario que provoca la colisión de competencia el deber de exponer "los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto".

Y el señor Juez que suscitó la colisión, ningún análisis jurídico hizo para hacerle ver a la Justicia Militar que debía conocer del proceso. Se limitó a citar varios Decretos del Ejecutivo, pero sin sustentar por qué son aplicables al caso *sub judice*. En cambio, el Comando de la Tercera Brigada sí dio las razones de su tesis.

Por consiguiente, el proceso debe devolverse para que el funcionario que promovió la colisión —Juez Segundo Superior de Buga— exponga los fundamentos jurídicos que tenga para rechazar la competencia. Es claro que si en ese nuevo estudio decide avocar el conocimiento, la intervención de la Corte ya no tendría objeto.

En tal virtud, vuelva este negocio al Comando de la Tercera Brigada con sede en Cali para que se sirva remitirlo al señor Juez Segundo Superior de Buga, a fin de que éste proceda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

Cúmplase.

Luis Zafra — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR MUERTE DEL PROCESADO E INEXISTENCIA DEL HECHO IMPUTADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior de Ibagué consulta la sentencia de fecha 6 de abril de 1954, mediante la cual, por haber fallecido el procesado, declara extinguida la acción penal y cesado el procedimiento en las presentes diligencias adelantadas contra el doctor Francisco Restrepo Echandía.

Se inició la investigación a virtud del oficio número 00418 de fecha 16 de abril de 1952, en que el doctor Francisco González Torres, Gobernador del Tolima, remitió al Presidente del Tribunal Superior de Ibagué varias declaraciones rendidas ante el Visitador Administrativo del Departamento, conforme a las cuales José de Jesús Ayala, vecino de Chaparral, manifestó a unos detenidos en la cárcel del Circuito de El Guamo que, si daban determinada suma de dinero al Dr. Restrepo Echandía por esa época Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Ibagué, los pondría en libertad.

Cuando se instruía el sumario sobrevino el fallecimiento del sindicado, como aparece de la siguiente copia de la partida de defunción correspondiente, expedida por el Notario Público Primero del Circuito de Ibagué, con fecha 7 de junio de 1952:

"En el Mpio. de Ibagué, Depto. del Tolima, Rep. de Col. a 6 del mes de junio de mil novecientos cincuenta y dos se presentó Abel Crisales y manifestó que a las dos de la mañana del día de ayer murió el señor **"Francisco Restrepo Echandía"**, de sexo masculino a la edad de 41 años, natural de Chaparral República de Col., de estado civil casado, que su última ocupación fue la de abogado y que la muerte ocurrió en Bucamba de este Mpio., que es hijo legítimo de Francisco Restrepo y de María Echandía que la causa principal de la muerte fue fracturas múltiples del cráneo con laceración cerebral y hemorragia por proyectil de arma de fuego que la certificó el doctor José V. González T. En constancia se firma ante testigos. El denunciante, Abel Crisales, José Joaquín Ospina R. Cdla. Nº 4325203. El testigo, Juan G. González Cdla. Nº 2698578 Bogotá.—**Jesús M. Cuervo O., Notario 1º**" (155 y v.—Cuaderno 1).

El carácter oficial del procesado se halla establecido en los autos en forma legal, con las copias del Decreto Nº 9 de 1951, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación designó Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Ibagué al doctor Restrepo Echandía; de la confirmación del nombramiento y de la diligencia de posesión del cargo (fs. 11 v., y 12 del Cuaderno 2º y 100 del Cuaderno 1º).

El Tribunal de instancia hizo las declaraciones de que se hace mérito, previo concepto favorable de su Fiscal Colaborador, quien se expresó así sobre la inexistencia de los hechos investigados:

"....Con el objeto de averiguar si evidentemente el doctor Restrepo Echandía había incurrido en tal desafuero, se levantó este proceso del cual sale airosa la memoria del doctor Restrepo Echandía, pues las múltiples diligencias que se practicaron a nada conducen si no es a demostrar que el tal tinterillo (José de Jesús Ayala 'vagabundo y borracho') quería aprovecharse de los detenidos para atraparles el dinero que pudieran tener. Se repite que la Fiscalía considera que nada, absolutamente nada aparece probado contra el doctor Restrepo Echandía y así su nombre resulta perfectamente limpio de esta investigación. Desgraciadamente el doctor Francisco Restrepo Echandía falleció —según partida de origen civil— antes de saber que los cargos que se le hacían parecían de todo fundamento para que su conciencia se hubiera tranquilizado....". (157 Cuaderno 1).

El señor Procurador Primero Delegado al contestar el traslado legal, pide a la Corte se confirme la providencia consultada.

Se considera:

La apreciación hecha por el Colaborador Fiscal del Tribunal de instancia en el aparte trans-

crito tiene respaldo en la realidad procesal, pues, si bien es cierto que José de Jesús Ayala, persona dedicada siempre a la bebida según él mismo lo admite a folio 79 del Cuaderno 1º, hizo los cargos a que alude la nota del Gobernador de que al principio se habló, también lo es que el mismo sujeto, llamado a rendir declaración en el proceso (60v., 63v. y 68 Cuaderno 1), manifestó que se le había entendido mal, y que la suma de cinco mil pesos de que hablan los testigos Francisco, Pedro y Alvaro Luna, Tiberio Aragón y Jorge Ospina "no era para pagarle el dinero al doctor Restrepo Echandía, sino a la persona que él nos indicara que fuera un buen abogado, de lo mejor que tuviera Ibagué". Por su parte, el Dr. Restrepo Echandía manifestó en su indagatoria ser inocente del hecho imputado, sin que a los autos se allegara prueba alguno en diverso sentido.

De acuerdo con el artículo 100 del Código de las penas, la muerte del procesado extingue la acción penal; y como ésta no puede, por esa causa, proseguirse, el Tribunal obró legalmente al hacer las declaraciones de que trata el artículo 153 del estatuto procesal. Sólo que la aplicación de esta norma no procede, en casos como el presente, por ese único motivo sino, además, por el de haberse demostrado que el ilícito materia de la investigación no existió realmente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, **confirma** la providencia consultada **adicionándola** en el sentido de que la extinción de la acción penal y la consiguiente cesación de procedimiento decretadas en este proceso obedecen no solamente al fallecimiento del doctor Francisco Restrepo Echandía, sino también a la inexistencia del hecho imputado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

CESACION DEL PROCEDIMIENTO POR MUERTE DEL PROCESADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Ibagué la sentencia de fecha 8 de julio de 1954 por medio de la cual declara que la causa contra Gil Antonio Caicedo por peculado no puede proseguirse por haber fallecido el inculpado y ordena cesar el procedimiento, inclusive en lo referente a la concusión en que pudo haber incurrido Caicedo contra la señora Heliodora Ramírez de Ramírez.

El señor Procurador Segundo Delegado, al contestar el traslado legal, solicita se confirme en todas sus partes la providencia consultada.

De autos resulta que, con fecha 23 de mayo de 1950, la Corte condenó al doctor Gil Antonio Caicedo, como responsable del delito de peculado, a la pena principal de diez y seis meses de arresto, en lugar de seis meses de igual pena que le impuso el Tribunal de instancia, y ordenó, al mismo tiempo, sacar copia de lo conducente para averiguar el delito de concusión de que fue víctima Heliodora Ramírez de Ramírez y de que igualmente aparecía sindicado Caicedo.

Practicadas, con resultado negativo, las diligencias tendientes a encontrar al sentenciado para poner en ejecución el fallo, se tuvo conocimiento de su muerte, la cual se comprobó en los autos con copia de la partida de defunción expedida por el Notario del Circuito de Orocué con fecha 3 de junio de 1954 —visible al folio 45 del segundo cuaderno—, donde aparece que el doctor Caicedo falleció el 25 de marzo de 1951 en el Corregimiento de San Pedro, de Arimena Caño (Arauca). De este deceso —como lo observa el Ministerio Público, acaso refiriéndose al proveído dictado el 23 de noviembre de 1954, con ponencia del señor Magistrado doctor Jordán Jiménez ya había tenido noticia la Corte, entidad que "en un proceso contra el sindicado y por el delito de concusión hizo la misma declaración de terminación de la acción penal basada en la partida de defunción de origen eclesiástico expedida por el señor Cura Párroco de Orocué".

Se considera:

La muerte del sindicado extingue la acción penal y los efectos no civiles de la condena, de conformidad con lo prescrito en el artículo 100 del Código Penal; y esa circunstánica se halla comprendida en la última de las cinco hipótesis contempladas en el artículo 153 del estatuto procesal. Con todo, la providencia en que el Tribunal de origen declaró que "la causa no puede proseguirse por haber fallecido el incriminado Gil Antonio Caicedo y ordena cesar todo procedimiento contra él, "**inclusive el referente a la concusión en que éste pudo haber incurrido contra la señora Heliodora Ramírez de Ramírez**", no es legal en esta última parte por cuanto el delito de que allí se trata fue objeto de investigación separada, en virtud del ordenamiento hecho por la Corte en la referida sentencia condenatoria de 23 de mayo de 1950. Allí se dijo: "Por el inferior se sacará copia de lo conducente para que se averigüe el delito de concusión de que fue víctima la señora Heliodora Ramírez de Ramírez". Al folio 39 v., del segundo cuaderno aparece la constancia de que el Tribunal Superior de Ibagué dispuso se cumpliera lo resuelto por la Corte, y que las copias efectivamente se expidieron y pasaron al repartimiento de negocios de dicha Corporación.

Sólo tenía, pues el Tribunal de instancia jurisdicción para pronunciarse sobre el delito de peculado, y la providencia de que se hace mérito habrá de revocarse, por ese motivo, en cuanto se hizo extensiva a la concusión que fue materia de otro proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal —administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo en lo Penal, REVOCA la sentencia que se revisa en cuanto se refiere al delito de concusión en que pudo haber incurrido el doctor Gil Antonio Caicedo contra la señora Heliodora Ramírez de Ramírez, y en lo demás la CONFIRMA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

VEREDICTO HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

I.—"SI es responsable, pero sin propósito de matar".

El veredicto afirma la responsabilidad; declara que el acusado es autor de la muerte de Bultrago y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el Jurado hubiera negado la responsabilidad, en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte de Bultrago, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión "pero sin propósito de matar", no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional.

La respuesta del Jurado no implica un veredicto contradictorio, porque la frase "si es responsable" parte primera, "pero sin propósito de matar" parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie del homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción.

Es evidente que el Juri en su veredicto puede afirmar —como en este caso— "sí es responsable, pero sin propósito de matar"; pero esta respuesta —se repite— no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa un hecho. Sólo que, cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por el Jurado, corresponde al Juzgado o Tribunal —según el caso— desentrañar el pensamiento exacto de la respuesta mediante la interpretación del veredicto para fijar el alcance de esa responsabilidad y acomodarla en las disposiciones de la ley penal.

La jurisprudencia de la Corte, citada tanto por el Juez como por el Tribunal, sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta o del contenido del auto de proceder o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública o bien; de todo el caudal probatorio allegado al proceso, sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos; la jurisprudencia de la Corte —como en el de estudio— no tiene ninguna operancia lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad.

2.—El homicidio preterintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar la muerte en el homicidio ultraintencional es un hecho que escapa a la voluntad del agente pues su deseo no es el de matar sino el de lesionar, causando un daño en el cuerpo o en la salud. En otros términos, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar, y por la existencia de un dolo determinado en el sentido de lesionar.

Los elementos que tipifican esta modalidad dentro del homicidio, se hallan establecidos en el artículo 365 del Código Penal: propósito de causar una lesión personal; que el hecho sobrepase a la intención; relación de causalidad entre el resultado y los actos físicos ejecutados por el sujeto activo del delito; y falta de previsión en los efectos de la acción; por esto se ha dicho: que el homicidio preterintencional está integrado por un dolo determinado en cuanto a la lesión y por la culpa en cuanto al resultado de la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En sentencia de veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, absolvió a **Julio David Giraldo Valencia** por homicidio cometido en la persona de Alcides Buitrago.

Contra esta sentencia, el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de casación.

Hechos:

El veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, en el establecimiento denominado "La Verbena" en la población de El Darién (Valle); por discusiones o reclamos sin mayor importancia, Julio David Giraldo le causó a Alcides Buitrago varias lesiones que instantes después, y por consecuencia de ellas, le produjeron la muerte.

El Juzgado calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio por homicidio intencional a Giraldo Valencia, providencia que se declaró ejecutoriada.

Los Jueces de conciencia fueron interrogados sobre el siguiente cuestionario:

"El acusado Julio David Giraldo Valencia, de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, es responsable conforme a éste, de haber dado muerte al señor Alcides Buitrago Moreno, con el propósito de matar, mediante varias heridas producidas con arma punzo-cortante (cuchillo), hecho ocurrido a eso de las once de la noche del día sábado veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, en el establecimiento denominado 'La Verbena', de la zona de tolerancia de la población del Darién, en este Distrito Judicial?" (Subraya la Sala).

El Jurí respondió:

"SI es responsable, pero sin propósito de matar". (Subraya la Sala).

En desarrollo de este veredicto, el Juzgado pronunció sentencia absolutoria; el fundamento jurídico de ella estriba en la negación del propósito de matar, y respalda su tesis en algunas sentencias de la Corte.

El Tribunal al revisar la sentencia por apelación, la encontró fundada, negó la contraevidencia del veredicto, pero no estudió el problema planteado por el Fiscal del Tribunal, quien manifiesta que el veredicto no da base para absolver al acusado, sino para deducirle una responsabilidad atenuada. Sin embargo, el Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado.

Demanda

Las causales invocadas para impugnar el fallo del Tribunal son dos, la tercera y la séptima correspondientes al artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal tercera.

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o en desacuerdo con el veredicto.

Sustenta la causal en estos motivos:

a)—"Estimo que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto del Jurado por cuanto éste claramente afirmó la responsabilidad del acusado, y el hecho de que hubiera excluido el propósito o intención de matar, no puede interpretarse en este caso, como lo han hecho los Jueces de Instancia que la intención de los Jueces de conciencia hubiera sido la de absolver al encausado Giraldo Valencia"; y,

b)—"Cuando el veredicto no puede ser aclarado por los miembros del Jurado, su contenido en cuanto a la afirmación de la responsabilidad debe "desentrañarse de la tesis sostenida en la audiencia".

El Jurado en este caso acogió la tesis subsidiaria de un delito preterintencional propuesta por el defensor del acusado, según puede deducirse del texto del acta que a continuación se reproduce:

"Para terminar su intervención el señor defensor del procesado manifiesta que dadas las consideraciones, basadas en los argumentos debidamente apoyados en los autos con las pruebas que dentro de él aparecen, es del caso concluir que su patrocinado obró en defensa de su propia vida, por lo que, en consecuencia, solicita de los señores Miembros del Jurado la absolución del procesado mediante una respuesta negativa del cuestionario sometido a su consideración. Pero si en la mente de los señores Jueces de hecho quedare flotando alguna duda sobre la existencia de la legítima defensa, entonces solicita, en forma sub-

sidiaria una respuesta en los siguientes términos: "Sí, pero sin intención de matar", por tener en los autos esta situación pleno respaldo probatorio".

"De acuerdo con esta interpretación del veredicto pronunciado en esta causa y en desarrollo de él, se trataría de un delito preterintencional, sancionado con el artículo 365 del C. P. que establece la sanción señalada en el artículo 362 del mismo Código, disminuida de una tercera parte a la mitad".

Se considera:

La Ley 4ª de 1943, abolió el sistema de cuestionarios múltiples y en su lugar consagró el procedimiento del cuestionario único (Art. 28) y restableció la deliberación del Jurado (Art. 29). El Jurado emite su respuesta previa deliberación de sus miembros, mediante un sí o un nó afirmativo o negativo de la responsabilidad; pero si el Jurado considera que el hecho fue cometido en circunstancias diversas a las contenidas en el respectivo cuestionario, puede expresarlo en su respuesta.

En el sistema del cuestionario múltiple, el juzgador tenía oportunidad de formular tantas preguntas cuantas fueran necesarias para determinar los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad; dentro de la ley vigente —cuestionario único— la pregunta comprende los factores material y moral; el primero, relativo al hecho; el segundo, relacionado con la intención, la cual puede ser complementada o aclarada por el Jurado cuando las pruebas del proceso así lo exijan.

Al Tribunal popular se preguntó si Julio David Giraldo Valencia era responsable de haber dado muerte a Alcides Buitrago Moreno con el propósito de matar.

La respuesta fue:

"Sí es responsable, pero sin propósito de matar".

El veredicto afirma la responsabilidad; declara que el acusado es autor de la muerte de Buitrago y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el Jurado hubiera negado la responsabilidad en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte de Buitrago, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión "pero sin propósito de matar", no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional.

La respuesta del Jurado no implica un veredicto contradictorio, porque la frase "sí es responsable" parte primera, "pero sin propósito de matar" parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie del homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción.

Es evidente que el Juri en su veredicto puede afirmar —como en este caso— "sí es responsable, pero sin propósito de matar"; pero esta respuesta —se repite— no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa un hecho. Sólo que, cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por el Jurado, corresponde al Juzgado o Tribunal —según el caso— desentrañar el pensamiento exacto de la respuesta mediante la interpretación del veredicto para fijar el alcance de esa responsabilidad y acomodarla en las disposiciones de la ley penal.

La jurisprudencia de la Corte, citada tanto por el Juez como por el Tribunal, sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta, o del contenido del auto de proceder, o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la jurisprudencia de la Corte —como en el de estudio— no tiene ninguna operancia; lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad.

Las tesis discutidas en el proceso, pueden sintetizarse así: Legítima defensa alegada y sostenida por el defensor del acusado; homicidio intencional formulado en el auto de proceder y en el respectivo cuestionario; y, homicidio preterintencional, conclusión derivada de la interpreta-

ción del veredicto, en relación con las constancias procesales.

La primera, legítima defensa, fue negada no sólo por los juzgadores de derecho, sino también por los miembros del Jurado, circunstancia ésta que indujo al defensor a hacer el planteamiento del homicidio preterintencional, en la pregunta sugerida al Jurado en estos términos: "Sí, pero sin intención de matar". En relación con el homicidio de propósito, tesis del Juzgado, el Jurí afirmó la responsabilidad del hecho con exclusión del propósito de matar dejando para el juzgador de derecho la interpretación del veredicto y su acomodamiento dentro de las disposiciones legales. Excluídas las dos hipótesis primeras, queda por resolver lo atinente al homicidio preterintencional.

La sentencia del Tribunal afirma que el acusado es autor de las lesiones causadas a Buitrago, pero que "lo hizo inconscientemente cuando luchó por no dejarse matar, aclarando que en su concepto la herida no era de gravedad" y que "la única prueba digna de credibilidad es la propia confesión del sindicado, quien, como se ha visto, ha negado el propósito o intención de matar.

La confesión de Giraldo Valencia, "única prueba digna de credibilidad", según concepto del Tribunal, dice que cuando él sacó su cuchillo "Buitrago me agarró del cuello y que en ese mismo momento sentí que el cuchillo mío estaba enredado y ahí mismo me dijo **ya me heriste**.... y me largó y entonces pude ver que **yo lo había herido** en una pierna sin darme cuenta". Posteriormente expresa: "desde antier ni decir que Buitrago diz que se había muerto, lo que me ha tenido muy aterrado porque yo nunca he llegado a pelear con nadie y mucho menos **intentar matar a un hombre** y si yo **lo herí a él** fue inconscientemente cuando estaba luchando para que no me matara y después de eso **creí que la herida tampoco pudiera ser de gravedad**" (subraya la Sala), afirmaciones todas que inducen al estudio del homicidio sin propósito de matar pero con la intención de lesionar.

El homicidio preterintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar; la muerte en el homicidio ultraintencional es un hecho que escapa a la voluntad del agente, pues su deseo no es el de matar sino el de lesionar, causando un daño en el cuerpo o en la salud. En otros términos, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar, y por la existencia de un dolo determinado en el sentido de lesionar.

Los elementos que tipifican esta modalidad dentro del homicidio, se hallan establecidos en el artículo 365 del Código Penal: propósito de causar una lesión personal; que el hecho sobrepase a la intención; relación de causalidad entre el resultado y los actos físicos ejecutados por el sujeto activo del delito; y falta de previsión en los efectos de la acción; por esto se ha dicho: que el homicidio preterintencional está integrado por, un dolo determinado en cuanto a la lesión y por la culpa en cuanto al resultado de la acción.

El propósito, o sea la intención de lesionar, se halla reconocido expresamente por el acusado cuando dice: "sí yo lo herí" cuando luchaba para que no lo matara, pero no creyó "que la herida pudiera ser de gravedad"; en estas afirmaciones reconoce el acto intencional de causar un daño, pero niega a través de su declaración la existencia de un propósito de matar. El resultado sobrepasó a la intención; la muerte no era el fin perseguido por el agente, sino el de causar un daño en la salud; existe una relación perfecta de causalidad entre los actos realizados por el ofensor y los resultados obtenidos, ya que el deceso fue consecuencia de las lesiones y de la abundante hemorragia producida por la herida de la femoral; hubo falta de previsión en cuanto al resultado; el acusado nunca pensó que la "herida pudiera ser de gravedad" (son sus palabras) y que el resultado fuera la muerte del ofendido.

En estas condiciones, la interpretación del veredicto no puede ser otra que la afirmación de la existencia de un homicidio preterintencional, conclusión que se deduce, no sólo de la confesión del sindicado que dá la idea completa del elemento intencional, propósito de lesionar pero no de matar, sino, también, del cuestionario propuesto por la defensa, como aspecto subsidiario que entraña el reconocimiento de un homicidio preterintencional.

Si el Jurado afirmó la responsabilidad, negando el propósito de matar para el homicidio, lógico es presumir que dejó vigente esa responsabilidad para el homicidio preterintencional, y es obvio que las consecuencias de sus actos frente a la ley penal deben deducirse de la interpretación del veredicto en su parte afirmativa "sí es responsable", en relación con las constancias procesales, pues sería aberrante, por decir lo menos, que reconocida la responsabilidad para el sujeto que suprime una vida sin causa justificativa y sin motivo de excusa, por el sólo hecho de ne-

gar el veredicto el "propósito de matar", se concluya con la tesis de irresponsabilidad o absolución.

El Tribunal, al interpretar la respuesta del Jurado ateniéndose únicamente al contenido literal de sus palabras, sin desentrañar el verdadero pensamiento que forma la declaración de responsabilidad en relación con las constancias procesales, dictó la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, ya que su determinación en ningún caso fue la de absolver al acusado.

Lógico sería que los Jueces de derecho en casos similares— y cuando el veredicto ofrece dudas en cuanto a su interpretación, —como en el caso de estudio—, pidan a los miembros del Jurado aclaración al contenido del mismo, bien sea inmediatamente después de concluída la diligencia de audiencia, o posteriormente a ella, siempre y cuando el Jurado se halle integrado por los mismos miembros que lo emitieron. Así, se obviarían dificultades posteriores, y se prestaría un servicio más eficaz a la administración de justicia.

Por estos motivos, la causal alegada prospera.

La Sala prescinde de hacer estudio especial de la causal séptima, pues admitida la tercera, es innecesaria la consideración de aquélla; así lo determina el artículo 538 del Código Judicial aplicable al caso. Y procede, en consecuencia, a dar aplicación al contenido del artículo 570 letra b), del Código de Procedimiento Penal.

No existen en el presente caso, circunstancias de mayor peligrosidad, pero sí de menor peligrosidad, como son las contenidas en los numerales 1º y 11 del artículo 38 referentes a la buena conducta del acusado con anterioridad al delito por el cual se le juzga y la falta de ilustración; no hay motivo para presumir que el acusado sea un sujeto que revele índices de peligrosidad mayor; no tiene antecedentes judiciales y las pruebas sobre conducta, favorecen su personalidad; probablemente uno de los motivos determinantes de su acto, fueron los celos estimulados por efectos de la embriaguez, por lo cual, la pena será la que corresponda al mínimo de las respectivas disposiciones que se dejan anotadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo de venticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, y en su lugar,

Resuelve:

a)—Condenar a **Julio David Giraldo Valencia**, de notas civiles conocidas, a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio causado en la persona de Alcides Buitrago, delito por el cual se le llamó a responder en juicio, pena que debe cumplir en el establecimiento carcelario que para tal efecto señale el Director General de Prisiones; de esta sanción se descontará el tiempo que haya permanecido en detención preventiva. Y,

b)—Condenar a Julio David Giraldo Valencia a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de toda pensión de jubilación y sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad, si la tuviere; y al pago de perjuicios morales y materiales provenientes de la infracción, condenación que se hace en abstracto, pues no fue determinada previamente en el proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

EL PECULADO, DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. —USO INDEBIDO DE LOS CAUDALES PUBLICOS

1.—En el delito de peculado lo indebido no está en que el objeto se tome para sí sino en utilizarlo para lo que no estaba previsto ni ordenado.

2.—El oficio de un recaudador —estanquero— es el de vender los licores y especies que se le confían con ese fin, y tener en caja los valores respectivos o los documentos que la acrediten o representen. El dar en préstamo esos dineros, con propósitos de especulación o simplemente para hacer un servicio gratuito, es función impropia y, por lo mismo, indebida de tales empleados. Y como está demostrado que el procesado le giró a su cuñado un cheque por la suma de $ 7.500.00 y que esta cantidad hacía parte de los fondos oficiales que recaudaba, es innegable que incurrió en el delito de peculado. Que no resultara perjuicio alguno y que la cantidad fuera entregada en calidad de préstamo o a otro título que implicara la obligación de devolverla, son circunstancias que no modifican el hecho ni le disminuyen o restan su condición de delictuoso.

3.—Un juicio de cuentas, aún sin alcance, no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido, por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administre.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, doce de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

VISTOS:

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

El abogado, doctor Pedro Nel Jiménez, ha presentado ante la Sala Penal de la Corte la demanda correspondiente para sustentar el recurso interpuesto por parte de la defensa contra la sentencia de 18 de febrero de 1954, del Tribunal Superior de Ibagué, en la cual se condenó a Ignacio Echeverri Restrepo, como responsable de peculado, a la sanción principal de cuatro años de presidio.

Antes de estudiar los fundamentos del escrito y para una mejor comprensión del problema allí propuesto, conviene conocer en forma resumida, como es de rigor en esta clase de acciones, los más sustantivos aspectos de la actuación procesal, y con ese fin la Sala anota los siguientes:

a).—El 28 de febrero de 1951, el señor Heberto J. Riveros, autorizado por la Contraloría del Departamento del Tolima, se presentó a practicar visita a la Recaudación-Estanco del Municipio del Líbano, a cargo del señor Ignacio Echeverri Restrepo;

b).—Durante esa diligencia, que duró varios días, y en la cual el visitador estuvo asesorado por un revisor de la Contraloría y por el Administrador de la Zona, se dedujo al empleado visitado un alcance de $ 9.053,97, el que fue elevado primero a la cantidad de $ 13.678,40, según Resolución Nº 149 de 28 de marzo de la Contraloría Departamental del Tolima, y que más tarde, de acuerdo con la revisión definitiva de la misma entidad, ascendió a la suma de $ 16.330,84. La mencionada Acta de Visita fue suscrita por el estanquero Echeverri Restrepo, quien dejó expreso testimonio de la "honorabilidad y gran conciencia" de los visitadores;

c).—Como resultado de la investigación que se inició en virtud de la denuncia presentada por el visitador Riveros ante la primera autoridad judicial del Circuito del Líbano, el señor Juez Segundo Superior de Ibagué, en auto de 17 de noviembre de 1952, abrió causa criminal a Ignacio Echeverri Restrepo "por el delito de peculado en cuantía mayor de tres mil pesos", siendo de advertir que en los considerandos de esta providencia se le dió al hecho la denominación específica de "uso indebido de caudales y efectos públicos de la Recaudación-Estanco del Líbano en cuantía mayor de trece mil pesos moneda corriente", y aún se cita allí el artículo del Código Penal infringido por el responsable (el 151); y

d).—El 18 de junio de 1953, el mismo juzgado dictó sentencia, en la que condenó al procesado

a pagar al Tesoro Departamental del Tolima la cantidad de $ 13.678,40, sanción pecuniaria que dedujo no del art. 151 del C. P. tenido en cuenta en el auto de proceder, sino del 154 de la misma obra, que contempla el caso simplemente culposo en materia de peculado. Esta fue la sentencia que reformó el Tribunal en la fecha ya expuesta y contra la cual se interpuso el recurso extraordinario que ahora se va a decidir.

Cargos de la demanda.

Dos son las causales que invoca el demandante: la primera y la segunda del artículo 567 del C. P. P., las que desarrolla en orden inverso, es decir, principiando por la segunda, que transcribe literalmente para luego presentar, como pertinentes estos cargos: primero, que la sentencia interpretó erróneamente y le atribuyó un valor probatorio que no tienen a los siguientes documentos: Acta Fiscal, Acta de Diligencia de Recibo y Entrega de la Recaudación-Estanco del Líbano, Resolución Nº 149 de la Contraloría Departamental del Tolima e Informe del Jefe de la Sección de Fenecimiento de dicha dependencia administrativa; segundo, que no se estableció previo un juicio de cuentas, que el empleado Echeverri Restrepo hizo uso indebido de una suma exacta de los caudales que tenía a su cuidado, o que culposamente contribuyó a su extravío, o sea, en concreto, que la investigación fue prematuramente calificada, faltando uno de los elementos del cuerpo del delito; y tercero, que la sentencia acusada interpretó equivocadamente, les concedió un valor probatorio que no tienen y les negó el que sí tienen a las declaraciones de Eduardo Rojas Vélez, Salvador Sánchez, Alirio González y Raúl Rubio Villegas.

En capítulo aparte expone el demandante los motivos para haber invocado la causal primera contra el fallo de segunda instancia que, en su sentir, erró al aplicar una disposición represiva que no correspondía a los resultados del juicio penal adelantado con el objeto de definir la situación jurídica de Ignacio Echeverri Restrepo ante los hechos investigados y establecer con acierto su verdadera responsabilidad.

Toda la argumentación que contiene esta parte del escrito, la dirige el demandante a calificar de errada la apreciación del fallo en cuanto en él se condene a Echeverri Restrepo como autor de peculado doloso, haciendo hincapié en los buenos antecedentes del imputado y en la falta de prueba que permita afirmar que el infractor se apropió en todo, o siquiera en parte, la cantidad de dinero que en una deficiente e irregular visita quedó registrada como alcance. Y al analizar los términos de la disposición penal conforme a la cual se ha sancionado a Echeverri Restrepo, manifiesta que el uso indebido de los caudales públicos tiene que ser fraudulento y debe aprovechar al autor o a un tercero, puesto que el dolo que lo caracteriza se confunde con el que concurre en la apropiación o substracción, y que de no aparecer en forma indiscutible el dolo específico con el cual procediera el enjuiciado para obtener la apropiación de los fondos que estaban bajo su custodia, bien directa o indirectamente, ya no hay manera de hablar de ese tipo de peculado y se estaría entonces en presencia de una figura delictuosa diferente.

Termina admitiendo que su representado procedió "con extraordinario descuido e ignorancia en el manejo de los bienes oficiales a él confiados", y en razón de ello solicita, a continuación de plantear la posibilidad de un peculado culposo, que se infirme la sentencia acusada.

Réplica del Ministerio Público

El juicioso y extenso estudio que de cada uno de los cargos de la demanda hace el Sr. Procurador Segundo Delegado en lo Penal, explica el tiempo invertido en despachar este asunto, que le ha merecido especial atención sin que ello signifique que en los demás que la Sala ha conocido se advierta menor celo; siempre latente o manifiesto en sus conceptos.

Como en otras oportunidades se ha hecho, podrían aquí resumirse las respuestas a los cargos que contiene la demanda. Pero dada su precisión, es preferible reproducirlas en la forma en que vienen redactadas.

Dice el señor Procurador, al contestar el primer cargo relativo a la causal segunda:

"El delito de peculado se ha colocado en el Título del Código Penal denominado de los "Delitos contra la Administración Pública", y no en los referentes a aquellos contra la propiedad, en cuanto, como lo ha sostenido la H. Corte, "la esencia del ilícito previsto en el artículo 151 del C. P. consiste en el abuso y la violación de la confianza pública depositada en el funcionario, en cuanto éste traiciona el normal cumplimiento de los deberes oficiales relacionados con la custodia de los bienes que se le confían. **El objeto jurídico tutelado por la infracción es, pues, el deber de probidad en el manejo de las cosas que**

se recaudan o administran oficialmente". "Al decir el artículo citado que la acción física del peculado consiste en hacer "uso indebido" de los caudales y otros objetos, está señalando igualmente el conocimiento y la conciencia de la ilicitud del acto, esto es, el dolo genérico del delito. Lo cual es evidente, porque el "uso indebido" no es otra cosa que apropiación o destinación fraudulenta de los bienes puestos bajo la guarda del funcionario público" (G. J. Tomo LXIX, página 152). (Ha subrayado la Procuraduría).

"En segundo lugar, respecto de las incidencias ocurridas en el curso de la visita y de la actitud que hubieran tenido los empleados que en ella intervinieron, es asunto que no le quita a tal acto ni al documento que lo comprueba, su exacto valor y sus repercusiones en cuanto al contenido del mismo y en cuanto al hecho esencial del faltante descubierto y aceptado en principio por el responsable, máxime cuando no se han presentado las pruebas concluyentes que en realidad destruyan la fuerza probatoria de la visita y la buena fe de los funcionarios que la practicaron, pues no basta para ello las simples insinuaciones o cargos del culpable, o las referencias un tanto acomodaticias al respecto de algunos de los testigos citados por el mismo empleado responsable, que por lo demás admiten lo fundamental del resultado, o sea el alcance en relación con los fondos que debían existir cuando se verificó la realidad de la Recaudación-Estanco.

"Se echan de menos igualmente las pruebas concluyentes sobre la incapacidad de todos los funcionarios que intervinieron y sobre las cargos que contra ellos se formulan para restarle valor a sus actuaciones, informes y conclusiones sujetas a posterior y rigurosa revisión de sus superiores jerárquicos".

En cuanto al segundo cargo opone estas razones:

"Para los efectos civiles, para los simplemente indemnizatorios, o para otras modalidades jurídicas será inobjetable que se requiera la base de un auto de fenecimiento definitivo, o la pormenorizada indicación de los faltantes en forma que no sea revisable de ningún modo.

"Pero para la estructuración del ilícito de peculado, determinado el alcance o el uso de los fondos públicos confiados al cuidado, manejo o administración o guarda del empleado para fines que no se hallaban expresamente previstos en las reglamentaciones de la oficina respectiva, es claro que una vez establecida la calidad y el ejercicio del cargo y el hecho escueto de la falta de los dineros sobre los cuales debía responder en cualquier momento, se tienen los elementos que estructuran el peculado, máxime cuando cada uno de los indicados en la disposición penal aplicable al caso de autos se encuentra con suficiente comprobación.

"Para destruir la fuerza probatoria del acta de visita y de los documentos posteriores de Contraloría que en relación con ella se produjeron, sería necesario demostrar en forma inequívoca la carencia de las condiciones esenciales de veracidad y autenticidad de dicho documento o las equivocaciones concretas y precisas que con posterioridad se hubieran tenido al ser examinadas cuidadosamente por la entidad encargada de revisarlas y justipreciarlas conforme a las reglamentaciones minuciosas de los organismos de fiscalización.

"Con los simples enunciados o hipótesis sobre las equivocaciones de las actas o de los documentos complementarios o con las sugerencias ligeras sobre la conducta o capacidad de los empleados visitadores, no se destruye el valor de sus actuaciones y de los hechos que lograron establecer por los medios ordinarios propios de sus funciones y del recíproco concurso de varios de los empleados tanto de administración como de control que hubieron de intervenir en la inspección y análisis de la situación real que presentaba la Recaudación-Estanco a cargo del señor Ignacio Echeverri.

En este punto, el señor Procurador abre una especie de paréntesis para fijar su criterio respecto del delito de que se trata, cuya esencia consiste "en el abuso y violación de la confianza pública depositada en el servicio oficial" y el cual se consuma no por el ataque a la propiedad sino por la traición al normal cumplimiento de los deberes que le incumben al encargado de los bienes cuya guarda se le confía. Y como complemento de su tesis, transcribe el pertinente aparte de una de las más recientes sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema (la de 13 de agosto de 1954), en la cual, luego de censurarse la indiferencia con que de ordinario se han mirado las infracciones contra los bienes de la hacienda, Fámese Municipal, Departamental o Nacional, se sostiene que el registro de la falta sin motivo que la justifique configura el delito. Y sea ésta la oportunidad de salvar un error tipográfico que aparece en la publicación de ese fallo, pues en donde se imprimió la palabra "placidez"

debe colocarse el término "flaccidez" que fue lo escrito en el original.

El tercer cargo (no haberse tenido en cuenta en la sentencia los testimonios de las personas citadas por el demandante) lo rebate como sigue:

"Del examen cuidadoso de las anteriores deposiciones, se obtiene con toda claridad la conclusión de que ellas no desvirtúan ni en lo más mínimo la fuerza probatoria de la visita y de sus resultados, pues por una parte no destruyen en forma alguna el hecho esencial del alcance descubierto y por la otra no alcanzan a constituir comprobación siquiera mínima de que las condiciones personales o la actuación de los empleados de las rentas y de la Contraloría que intervinieron en tal diligencia, le quiten validez a las actuaciones oficiales cumplidas por ellas o las hagan de tal manera sospechosas o ineficaces que hubieran requerido su total anulación o una rectificación sustancial en la revisión que de ellas hubo de hacerse por las entidades superiores, tanto administrativas como fiscalizadoras.

"Separadamente y en su conjunto, tales declaraciones sólo contienen apreciaciones personales de los testigos sobre las modalidades del desarrollo o de los pormenores de lo que debe hacerse en una diligencia de esta clase o sobre las circunstancias de haber visto embriagado a éste o aquél funcionario, pero en modo alguno presentan una situación real de la influencia efectiva que tales modalidades de apreciación o tal conducta haya podido tener en la efectividad de la misión que realizaron en cumplimiento de sus deberes.

"El cuadro completo en virtud del cual las razones que señala uno de los testigos (Raúl Rubio Villegas) o las de Eduardo Rojas Vélez, pudiera constituir comprobación suficiente para tachar en el fondo el Acta de Visita o para señalar inequívocamente como absolutamente incompetentes a los empleados que intervinieron en ella por su embriaguez o por su mala fe, se echa de menos con la sola lectura de este capítulo de la demanda, huérfano de la sustentación requerida para esta clase de afirmaciones y de cargos tan rotundos. La sola enunciación fundamentada en los apartes que transcribe el señor apoderado para darle toda la importancia a estos testigos, no puede constituir demostración para alcanzar a quitarle la presunción de honorabilidad y rectitud que se ha aceptado siempre en esta clase de actividades fiscalizadoras, máxime cuando sus conclusiones las respaldan otras pruebas inequívocas surgidas de la realidad procesal en forma que no admite discusión."

"Es digno de anotarse además, el minucioso confrontamiento" (sic) "del Acta de Visita y de sus constancias, que hace el Tribunal al comienzo del fallo, entre cuyos elementos de apreciación sobresalen los referentes al **trabajo de los Visitadores** a las constancias del responsable y de modo especial a la prueba por excelencia que destruye la posibilidad de un peculado culposo —según el fallo de primer grado— y que colocan en situación definitivamente desventajosa al autor del peculado:

"....Al ser examinada la cuenta corriente del Banco, se constata que el cheque número 19, fue cobrado por el señor Ignacio Jaramillo, cuñado del señor Ignacio Echverry, y girado por la suma de $ 7.500.00. Pero al ser buscado en la cabeza de la chequera, aparece el comprobante arrancado....."

Se opone igualmente a que se reconozca valor a los cargos relativos a la causal primera, y sobre el particular **expone:**

"Los fundamentos probatorios ya analizados, permiten apreciar desde el primer momento, la forzada posición de la demanda, al invocar esta causal y formular tales cargos, por cuanto se requería probar que no se reunen los elementos de la objetividad del peculado y que la responsabilidad penal que se le ha deducido al enjuiciado con suficientes probanzas, carecería de la solidez que exhibe el fallo, como puede apreciarse con la sola lectura del pertinente punto transcrito en los fundamentos probatorios del mismo, en el que claramente se dilucida la razón por la cual no puede considerarse el peculado como culposo en la forma en que lo hizo la sentencia de primera instancia y además en el siguiente aparte sobre el aspecto doctrinario:

"En lo que respecta al peculado culposo la doctrina ha dicho: 1º Que el sujeto activo del delito no puede ser sino funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo custodia; 2º. Que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusable por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Dicho abandono o negligencia han de ser inexcusables, es decir, no han de poder ser disculpados ni justificados. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto; y 3º Que haya una sustracción de aquellos caudales

o efectos por parte de otra persona, la cual al consumarla lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario, pues si este acuerdo o concierto existiera, el delito, para el último, no sería culposo sino doloso".....

"....En este proceso, está plenamente demostrada la existencia del cuerpo del delito de peculado y la responsabilidad de Ignacio Echeverri Restrepo como autor de tal ilícito, y no está establecido que los dineros se los hubiera sustraído un tercero. Como el faltante ascendió a más de tres mil pesos, el sindicado debe ser sancionado de conformidad con el artículo 153 del C. Penal, con el mínimo que señala tal disposición por no militar en su contra circunstancias indicativas de mayor peligrosidad.....".

Como corolario de su concepto, solicita el Sr. Procurador que no se case la sentencia acusada.

El peculado, delito contra Administración Pública.

Después del precedente examen que de la demanda ha realizado la Procuraduría, resulta innecesario hacer nuevas referencias en detalle de las impugnaciones que contiene; y así, la Sala únicamente se ocupará en los puntos que en ese escrito se alegan como fundamentales.

De ellos, fuera de toda duda, el principal es el que tiende a destruir las bases del proceso, con el argumento de que por no haberse demostrado que Ignacio Echeverry Restrepo se apropió de la cantidad deducida como faltante en el Acta de Visita, o de otra cualquiera mayor —según la Resolución Nº 149 de la Contraloría Departamental del Tolima— no hubo delito de peculado.

Conviene, pues, aclarar ideas acerca de este problema y desvanecer la creencia de que el peculado es un delito contra la propiedad o que se confunde con tal género de infracciones.

De antemano puede concederse que sí participa él de ciertas modalidades de alguna de aquellas (abuso de confianza), pero ni por su clasificación penal, ni por su estructura, ni por su penalidad permite la pretendida identificación.

Según el Código Penal vigente, menos casuísta que el anterior en este particular, se incurre en peculado en uno de estos casos: a) Cuando se le dá a los efectos que se administran una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinadas; b). Cuando se hace uso indebido de los mismos; y c). Cuando en forma que implica la comisión de culpa se dá lugar a que esos caudales o efectos se pierdan o extravíen.

La primera de estas figuras delictuosas exige que la aplicación a objeto distinto del destinado sea oficial, es decir, que la operación que se efectúe tenga ese carácter pero que se salga del propio señalado en los reglamentos, decretos, convenios, disposiciones administrativas o leyes. O sea, que este primer caso comprende lo que se llama mala administración, no obstante la ausencia de perjuicio para la hacienda pública.

En el siguiente caso (letra b), basta el simple uso indebido, también sin necesidad de que se evidencie el daño, el cual sí es imprescindible en el tercer ejemplo, en el que, además, debe establecerse que la pérdida o extravío se debió a cualquiera de los factores que integran lo que en derecho se denomina culpa.

El segundo de los enumerados es el que aquí tiene importancia, porque parece que al demandante le interesa probar esta hipótesis: que no hubo uso indebido porque no se realizó la correlativa apropiación. A lo cual basta responder que usar de una cosa y apropiarse de la misma son dos hechos material y jurídicamente distintos, y que lo indebido no está en que el objeto se tome para sí sino en utilizarlo para lo que no estaba previsto ni ordenado.

En lo indebido del uso estaría implícito el dolo, si esta modalidad delictuosa lo requiriera con carácter de especial. Lo indebido equivale a lo ilícito, a lo que no se debe ejecutar. Y no hace falta observar que a los encargados del manejo o recaudo de los bienes fiscales no les es permitido usar de ellos en menesteres ajenos a los que están llamados a cumplir. Es claro que la apropiación es una forma, la más radical, del uso indebido; pero esto no quiere decir que cuando no lo ha habido el hecho quede fuera de la órbita de lo ilícito.

El oficio de un recaudador —estanquero— es el de vender los licores y especies que se le confían con ese fin, y tener en caja los valores respectivos o los documentos que los acrediten o representen. El dar en préstamo esos dineros, con propósitos de especulación o simplemente para hacer un servicio gratuito, es función impropia y, por lo mismo, indebida de tales empleados. Y como está demostrado que Ignacio Echeverry Restrepo le giró a su cuñado Ignacio Jaramillo un cheque por la suma de $ 7.500.00 y que esta cantidad hacía parte de los fondos oficiales que recaudaba, es innegable que incurrió en el delito de que aquí se trata. Que no resultara perjuicio alguno y que la cantidad fuera entregada en calidad de préstamo a otro título

que implicara la obligación de devolverla, son circunstancias que no modifican el hecho ni le disminuyen o restan su condición de delictuoso. Pues, se repite, el uso no resulta punible porque cause detrimento a la hacienda pública, ni porque reporte beneficio al infractor o a otra persona; se reprime sólo porque es indebido, porque no está autorizado para sí ni para un tercero, sin sujeción a las consecuencia, las que pueden ser reparadas en todo o en parte, antes de iniciarse la investigación o después de ella, (con tal de que no se haya dictado sentencia de primera instancia), o no reparase en ningún momento. Sólo que el reintegro, según la cantidad y el tiempo en que se haga, atenúa la pena, que adquiere su mayor gravedad cuando lo malversado —término genérico que comprende tanto la mala administración como el uso indebido— pasa de tres mil pesos.

El otro aspecto de la acusación es el que se relaciona con la prueba del cuerpo del delito.

Para el autor de la demanda de casación, no podía abrirse el debate judicial mientras en un juicio de cuentas no se hubiera establecido en forma definitiva el monto del alcance, después de rechazarse las explicaciones del empleado. Esto, por una parte; por la otra, encuentra él sin solidez el cargo que se le atribuye a su representado, porque se basa en las conclusiones de una visita practicada por el funcionario incompetente que, además, durante la diligencia se dedicaron a ingerir licores. Y para comprobar esta afirmación aduce varios testimonios de las personas nombradas en otra parte de este fallo.

Ninguno de los anteriores reparos es aceptable, por estas razones: 1ª porque en la cuestión de carácter prejudicial que ha tratado de plantear el demandante lo que se suspende —al presentarse el probable conflicto entre la cuestión civil o administrativa y la penal— es aquella y no ésta, salvo que el juicio administrativo o civil sea iniciado primero y de sus resultados dependa la iniciación o proseguimiento del penal; 2ª, porque en el caso de uso indebido, un juicio de cuentas, aún sin alcance, no tiene ninguna repercusión en el proceso penal; 3ª, porque una Acta de Visita no está sometida, en cuanto a los defectos que puedan señalársele, al parecer de testigos que ocasionalmente presenciaron la diligencia, sino a la calificación del superior jerárquico que la revisa; y 4ª, porque si el proceso penal se adelantó con pretermisión de los requisitos o formalidades legales que le son propios y cuyo olvido hace nula la actuación, todo lo cual debe probarse, entonces la causal que corresponde alegar es la cuarta del art. 567 del C. de P. P.

Por lo que se acaba de exponer no prospera la causal segunda.

Causal primera.

Procede ella en estas dos ocurrencias: cuando se erró en la interpretación de la Ley Penal o se aplicó indebidamente la misma. Es entonces cuando puede afirmarse que la sentencia violó la ley de la categoría mencionada.

Pero aún siendo dos los motivos que contiene esa causal, el caso es en realidad uno solo, porque la indebida aplicación es efecto de la errada interpretación. Por eso se ha dicho que, generalmente, esta causal opera, aún sin invocarla, siempre que haya que invalidar un fallo. Obra, pues, reflejamente y por su contenido y repercusión, podría llamársele accesoria. Y de ahí que al sustentarla el demandante haya repetido, aunque valiéndose de otras palabras o de otros giros del idioma, las objeciones presentadas en la sustentación de la causal segunda. Porque sostiene él que a Ignacio Echeverry Restrepo se le aplicó una medida represiva que no consuena con el hecho investigado, puesto que no se apropió ninguna de las cantidades que como faltantes se registraron en el Acta de Visita o en la ya conocida Resolución de la Contraloría. Como este punto ya está dilucidado y rebatidos por el Procurador los raciocinios en que se apoya, sería inoficioso hacer un nuevo análisis del tema.

Por consiguiente, tampoco prospera la causal citada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley de acuerdo con el Sr. Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de 18 de febrero de 1954 del Tribunal Superior de Ibagué, en la cual se condenó a Ignacio Echeverry Restrepo, por el delito de peculado, y se le impuso la sanción principal de cuatro años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

ELEMENTOS DEL DELITO DE HURTO. — HURTO DE GANADO MAYOR

1.—El delito de hurto requiere los siguientes elementos:

a).—Apoderamiento de una cosa mueble; b)—Que que sea ajena; c)—Que se coja sin el consentimiento del dueño y sin fuerza ni violencia: y d).—Que el agente proceda con ánimo de aprovecharse del objeto.

La palabra AJENA tiene aquí un doble significado, positivo y negativo, a la vez. Positivo, en cuanto la cosa debe pertenecer a una persona, aunque el incriminado ignore el nombre preciso del propietario. Negativo, en el sentido de que no debe ser PROPIA del infractor, ni hacer parte de aquellas que se denominan RES NULLIUS y RES DERELICTAE.

El consentimiento del dueño —que desnaturaliza el hurto— puede ser expreso o tácito. Expreso cuando se da en forma terminante o categórica. Tácito cuando el titular o poseedor de la cosa, pudiendo prohibir el apoderamiento de ella, no lo hace. A este respecto, puede bastar el mero silencio del propietario en aquellas situaciones en que el modo común de portarse, "impondría el deber de hablar". Pasividad que se explica por una especie de renuncia o trasferencia espontánea del derecho, dado el carácter alienable de la propiedad. Las circunstancias especiales en que se dé el asentimiento tácito indicarán si el titular del derecho puesto en peligro tuvo o nó el propósito de despojarse del bien mueble objeto del ilícito.

La acción de hurtar es necesariamente dolosa —nunca por culpa—, puesto que apoderarse de la cosa no es sólo removerla del lugar donde se encuentra, sino quedarse con ella, ponerla bajo el poder y señorío del delincuente para sacar éste un provecho, en sentido general, sabiendo que no es suya.

2.—El dolo asume, en el delito de robo una dualidad: dolo genérico y dolo específico. El primero representado por la intención de quitar la cosa, previo el conocimiento de que es ajena y de que se obra contra el querer del dueño. Y el segundo —dolo específico— traducido en el FIN DE LUCRO, expresión amplia y equivalente a utilidad o beneficio de cualquier clase. Si falta esta intención particular, el hurto no existe, o se transforma en otro delito de título diverso.

3.—No existe el delito de hurto, cuando el sujeto se apodera de la cosa PROPIA, o de la que razonablemente cree que le pertenece, o de las res nullius y de la res derelictae. Tampoco la hay, si el infractor toma lo ajeno en la justa credulidad de que el dueño ha dado su consentimiento. En estos casos, tanto vale lo real como lo primitivo, en virtud del principio de la buena fe, que excluye el dolo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. — Bogotá, doce de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

Vistos:

Oliverio Navas Muñoz impugnó, por medio de apoderado, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el cinco de noviembre de 1953, que lo condenó a diez y ocho meses de prisión y accesorias pertinentes, como responsable del delito de hurto de ganado mayor.

En la demanda —que es una pieza cuidadosa y bien razonada— se invocan, en su orden, las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2ª causal. — Mala interpretación o apreciación de los hechos.

Sostiene el actor que el Tribunal les atribuyó a algunos hechos un valor probatorio que no tienen, al mismo tiempo que les negó el que sí tienen; que dejó de tomar en cuenta otros acreditados en el proceso y que son favorables a Oliverio: y que "pasó por alto la contradicción existente entre algunos de los que se estimaron pruebas para condenar".

Así, entre los hechos apreciados erróneamente y a los cuales les negó el valor probatorio que tienen, enumera el demandante éstos: el asentimiento dado a Oliverio por el mayordomo del

presunto ofendido durante la diligencia de "rodeo", para que sacara los semovientes que Navas separó como suyos; el informe rendido por los Agentes de Policía que intervinieron en el "rodeo", en que se demuestra la licitud con que obró el procesado; la petición hecha por Navas al Alcalde Municipal de Coromoro para que decretara el "rodeo" con citación de los interesados; la retractación del mayordomo Heráclito Infante sobre los cargos que en un principio le formuló a Oliverio; los testimonios de Manuel Castro H., Ramón Rodríguez, Pastor Gallo Torres y Juan Pablo Rodríguez acerca de puntos importantes del asunto (propuestas de arreglo emanadas de Navas, e intentos de soborno a unos testigos por parte de Nicolás Infante); y las declaraciones presentadas por Oliverio para acreditar el dominio de los animales que sacó de la finca del denunciante.

Combate luégo el señor apoderado la prueba aducida por Nicolás Infante sobre propiedad de los semovientes objeto del delito.

Y en cuanto a los hechos olvidados por el fallador y que se hallan establecidos en el proceso, cita los siguientes: la ausencia maliciosa de Infante en la diligencia de "rodeo", a pesar de habérsele citado por la autoridad; el haber pretendido su mayordomo esquivar también la dicha diligencia; y la prueba atinente al reconocimiento y avalúo de los animales, en que aparece que "las reses presentan distintivos totalmente diferentes a los descritos por el denunciante y su "viviente", no obstante lo cual se resolvió con notoria ligereza que esos animales pertenecían a Nicolás Infante y Rubén Ribero".

Como conclusión sustancial de sus argumentos, el demandante puntualiza éste:

"Dn. Oliverio Navas no cometió el delito de hurto que define y sanciona el art. 1º de la precitada Ley 4ª, porque no sustrajo "cosa mueble ajena". Llevó su propio ganado, el que se le había extraviado, y lo hizo con el concurso de la autoridad, previa y expresa manifestación de Heráclito Infante en el sentido de que las reses no pertenecían a don Nicolás, pero sí al Sr. Navas".

Considera violado el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, por no existir la prueba del cuerpo del delito de hurto, ni la de responsabilidad de Oliverio. Pide, en consecuencia, que se le dicte fallo absolutorio.

Dicha solicitud la comparte el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal. En un claro y metódico estudio, empieza por examinar la legalidad del "rodeo" y la autorización que tenía el Alcalde para decretarlo. "Oliverio Navas —expresa el Procurador— al pedir el amparo de la autoridad para citar a sus vecinos al rodeo y para presenciar éste, ejercía una acción legítima, y —dados los antecedentes de enemistad de que habla el proceso— un acto de la mayor prudencia; y el Alcalde de Coromoro, al resolver, como resolvió, la petición de Oliverio Navas, desarrolló simplemente una elemental función de policía, dadas las atribuciones que le competen en estas materias".

Después, el señor Agente del Ministerio Público analiza separadamente cada uno de los elementos constitutivos del hurto, y no los encuentra configurados en el caso sub judice.

La sustracción es inadmisible —dice—, porque ella debe contener por lo menos un principio de malicia y fraude, "que se nota ausente en los actos de que da cuenta este proceso, dado que para cumplirlos el procesado pidió el amparo y la vigilancia de la autoridad oficial y la presencia de su legítimo contradictor".

El requisito de cosa mueble ajena tampoco concurre, puesto que cuando tal elemento se presenta con caracteres de litigio y con fundamentos más o menos atendibles y, por otro lado, no se ven claramente formados los otros aspectos de la infracción penal, debe dejarse al juez de la rama civil que dirima la controversia por los medios que la ley ha determinado para ello".

La falta de consentimiento del dueño no se ve, en virtud de que Nicolás Infante fue citado para la diligencia de rodeo, y dejó de asistir. "La ausencia suya indicaba abandono de las cosas sobre las cuales se iban a reclamar derechos; y como la propiedad es esencialmente alienable, tácitamente estaba dando su consentimiento a lo que allí se iba a realizar, quizá para reclamar más tarde sus derechos, como lo hizo, sólo que por una vía equivocada: la penal".

Y el último elemento (propósito de aprovecharse de la cosa sustraída) carece igualmente de existencia, porque si el objeto es propio o se cree propio, "el aprovechamiento resulta legítimo subjetivamente", pues "hace relación al ánimo de lucro a costa del patrimonio ajeno".

Se considera:

Oliverio Navas y Nicolás Infante, entre quienes mediaban relaciones de enemistad, tenían contiguas sus respectivas fincas de El Espinal y El

Santuario, situadas en el Municipio de Coromoro. Debido al mal estado de las cercas divisorias, los semovientes del uno se pasaban a la propiedad del otro, y viceversa. De la hacienda de El Espinal se habían extraviado unos animales de Oliverio, y pensando éste que se hallaban en predios de Nicolás, el 8 de febrero de 1950 le elevó el Alcalde de Coromoro una solicitud que, por su trascendencia para el caso, se transcribe íntegramente. Dice así:

"Señor Alcalde Municipal de este lugar: "...Oliverio Navas Muñoz, varón mayor de edad, a Ud., con respeto digo, que tengo extraviadas de mis potreros de "El Espinal" ubicados en jurisdicción de este Municipio, (sic) y algún fundamento tengo para creer que en los potreros aledaños se hallen. "...Como esta búsqueda ofrece sus dificultades por el sólo hecho de tener que invadir propiedades de terceros, atentamente pido a Ud. se sirva decretar un Rodeo de Ganado Mayor, en los potreros que a inmediaciones de los míos tiene el Sr. Nicolás Infante, varón mayor de edad, de esta misma vecindad, cuyos potreros igualmente están en esta jurisdicción. "...Así mismo pido que sea notificado para el Rodeo que pido, el señor Fernando Solano, de nuestras mismas condiciones civiles.—Este por saberse que allí en potreros del relacionado Infante tiene ganados.—Esta solicitud por tener cierto carácter de reserva, me permito rogar a Ud. señale la fecha para practicarla, tan pronto se obtenga la notificación de Nicolás Infante, pues tengo y tengo mis razones de que darle tiempo, opere en su favor y de consiguiente en contra de mis intereses.—Me apoyo en los artículos 165 y siguientes del C. de Policía del Departamento.—Ud. como Jefe de Policía no tiene cuantía fija y puede conocer a discreción, según el Código citado, y espero que me resuelva favorablemente mi pedimento, que es legal.—Coromoro, febrero 8 de 1950. Atentamente, señor Alcalde.—Oliverio Navas M. C. de C. Nº 645811 de Coromoro".

El Alcalde, el mismo día, dictó el siguiente auto:

"Alcaldía Municipal — Coromoro, febrero ocho de mil novecientos cincuenta.—Por lo solicitado por el memorialista y estar de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 166 y siguientes del C. de Policía de Santander, practíquese lo solicitado en el memorial que antecede y fíjase la fecha del viernes diez de los corrientes para efectuar el Rodeo de Ganado Mayor, que se solicita. Notifíquese a las partes. El Alcalde, Angel D. Cárdenas.—El Secretario, Manuel M. Castro Ch.".

El Alcalde comisionó a los Agentes de la Policía Militar, señores Abelardo Estupiñán Castro y Luis Francisco Ortega, para que practicaran el rodeo en la finca de El Santuario, de propiedad del citado Infante. De lo que allí sucedió, dan cuenta los Agentes en el parte oficial que en seguida se transcribe, dada su importancia:

"Los suscritos agentes de policía militar, Retén Coromoro, Abelardo Estupiñán y Luis F. Ortega, nos permitimos por medio del presente rendir el siguiente parte: "El día diez de febrero del corriente año, siendo las siete de la mañana, y en obedecimiento a órdenes impartidas por el señor Encargado de este Retén, Lizardo Morato Delgado, emanadas de la Alcaldía Municipal de esta ciudad, nos dirigimos con el señor Oliverio Navas Muñoz, al sitio denominado "Santuario y Meseta" de propiedad de Nicolás Infante, con el fin de practicar un rodeo de ganado. Una vez recogido el ganado entre un número aproximadamente de unas setenta cabezas, el señor Oliverio Navas reconoció como suyas cinco cabezas, dos hembras y tres machos las cuales fueron sacadas de ahí y pasadas al potrero del señor Navas. Al sacarlas le preguntó el señor Navas a Heraclio Infante, muchacho éste mayordomo y sobrino de Nicolás, quien en representación de éste y en compañía de otros muchachos ayudaron a recoger el ganado, a Ud. le consta que de estas cinco reses que me llevo, le consta que me lleva alguna de Nicolás y éste contestó que no, pues se lleva las que son suyas, volvió y le preguntó el Agente Estupiñán a Heraclio que si él reconocía que se llevaba alguna res de Nicolás Infante, y éste le contestó que no, que se llevaba las que eran de él, es decir del señor Navas. Una vez sacadas las reses y ya en potreros del señor Navas, procedimos a marcarlas con la cifra del Sr. Navas.... Hacemos constar que cuando estábamos en la recogida del ganado en el sitio del "Santuario" le preguntamos al muchacho Eráclito, si en los otros potreros había más ganado, y éste nos contestó que en las "Mesetas" había siete reses, pero que eran orejinegras, que eran de Fernando Solano, que por allá no fueran a recoger por que era perdido el viaje. Practicada la recogida de ganado en dicho potrero de "Mesetas" y arriado para el "Santuario", resultaron treinta y seis reses, de las cuales el señor Navas reconoció tres suyas. Igualmente hacemos constar que los colores de

las cinco reses que el señor Navas reconoció como suyas, son de los colores siguientes, de las que había en el Potrero del "Santuario": un ternero cebú hosco colorado, con una mancha redonda en la mitad de la pierna izquierda, (blanca), y un torete colorado barcino, choroso, rabiblanco, cojo, una mancha blanca en el hijar izquierdo y poco más o menos de unas ocho arrobas. De las que se bajaron del potrero de las "Mesetas" al punto de reunión de todo el ganado, se encontraron dos novillas, una de ellas negra, de unas cinco arrobas de peso, y la otra hosca de unas siete arrobas de peso, un ternero amarillo de cuatro arrobas de peso. "Respecto a este último nos dijo el tal Eráclito que en varias ocasiones le había estado echando para los potreros del señor Navas y que siempre se venía. Dado en Curumoro a los diez y nueve días del mes de febrero de mil novecientos cincuenta. Abelardo Estupiñán, Agente; Luis F. Ortega, Agente".

Cuatro días después del rodeo, el señor Nicolás Infante formuló denuncia contra Oliverio Navas por hurto de las cinco reses —dos novillas y tres toretes—, afirmando que eran suyas y que habían sido tomadas sin su consentimiento.

En ulterior declaración, manifestó que los animales sustraídos apenas fueron cuatro; pero el Tribunal decidió que sólo tres pertenecían al denunciante, otro a Rubén Ribero y otro al procesado Navas.

Ello porque sobre el dominio de los semovientes hubo verdadera controversia en el proceso, pues cada uno de los presuntos dueños adujo múltiples testimonios para establecer su respectiva propiedad. Así, Nicolás presentó las declaraciones de Heráclito Infante, Pablo Rodríguez, Ramón Rodríguez, Luis Pinzón, Sabina Rangel, Luis Cristancho, Resuro Pinzón y Joaquín González. El procesado Navas, las de Rosa Silva, Tobías Duarte, Socorro Rodríguez, Luis Alejandro Vera, Ernesto Santos, Alfredo Rodríguez, Pastor Gallo, Belarmino Murillo, Felipe Cáceres, Abigail Uribe v. de Ardila, Pedro Merchán, Juan María Cáceres, Carmen Rita Rodríguez, Margarita Rodríguez, Cayetano Gómez, Francisco Higuera y Laureano Gómez. Y Rubén Ribero, las de Miguel Santos, Hermelindo Calderón, Alipio Monsalve, Juan Agustín Carreño, Florencio Ribero y Moisés Uribe.

Oliverio Navas ha sostenido, con ahínco, que él tomó los cuestionados animales en el convencimiento de que eran suyos, mediante el auxilio que le prestó la policía para garantizar ese derecho, y después de haber obtenido el consentimiento del mayordomo de la finca donde se encontraban los semovientes. "De allí —dice— saqué yo cinco reses de mi propiedad y las llevé a mi predio, porque la ley no ha prohibido que uno se tome lo que es de uno, y mucho menos en la forma legal y correcta como yo lo hice, acudiendo como ya lo dije en busca de garantías, ante la primera autoridad de mi pueblo".

Sin embargo, Heráclito Infante —mayordomo de don Nicolás— afirma que los animales pertenecían a éste, y que Oliverio los sacó sin la autorización del dueño. "Estas reses —dice— me consta por conocimiento personal y directo, que son de propiedad de don Nicolás Infante y él las tenía en los potreros... y de allí se las sacó Oliverio Navas en la forma que ya relaté, sin que yo hubiera tenido orden de mi patrón para entregárselas a dicho Oliverio, que las sacó por su cuenta".

Clausurada la investigación, el Juez del conocimiento dictó la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que Navas "buscaba lo propio: no pretendió con sus actos perjudicar el patrimonio de Infante, sino favorecer el suyo, obteniendo los animales que tenía extraviados; no hubo, pues, dolo de parte de Navas y no habiéndolo, no ha cometido el ilícito que se imputa en este proceso".

Pero el Tribunal, al revisar esa providencia, la revocó y declaró nulo lo actuado, por cuanto el Juez no siguió el procedimiento especial de la Ley 48 de 1936.

Subsanada la anomalía y llenados los trámites de rigor, el Juez absolvió al procesado, sosteniendo su primitiva tesis sobre la inexistencia del hurto.

Con todo, el Superior no acogió ese criterio. Halló, por el contrario, demostrados los elementos de la infracción contra el patrimonio. "Oliverio Navas Muñoz —concluyó el Tribunal— violó el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943 al sustraer del predio de "El Santuario", tres reses de propiedad de Nicolás Infante y un semoviente de propiedad de Rubén Ribero, contra la voluntad de sus dueños y con el claro propósito de apropiárselos". Por consiguiente, lo condenó a diez y ocho meses de prisión y accesorias de ley en la sentencia objeto de la demanda.

Conocidas las circunstancias en que obró el procesado, pasa la Corte a examinar la tesis central del demandante, o sea que Navas no cometió el delito de hurto.

Dicha infracción contra el patrimonio requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

a).—Apoderamiento de una cosa mueble; b). Que sea ajena; c).—Que se coja sin el consentimiento del dueño y sin fuerza ni violencia; y d).—Que el agente proceda con ánimo de aprovecharse del objeto.

La palabra **ajena** tiene aquí un doble significado, positivo y negativo, a la vez. Positivo, en cuanto la cosa debe pertenecer a una persona, aunque el incriminado ignore el nombre preciso del propietario. Negativo, en el sentido de que no debe ser **propia** del infractor, ni hacer parte de aquellas que se denominan **res nullius** y **res derelictae**.

El consentimiento del dueño —que desnaturaliza el hurto— puede ser expreso o tácito. **Expreso** cuando se da en forma terminante o categórica. Tácito cuando el titular o poseedor de la cosa, pudiendo prohibir el apoderamiento de ella, no lo hace. ("Prohibiri potuit et non prohibit"). A este respecto, puede bastar el mero silencio del propietario en aquellas situaciones en que el modo común de portarse, "impondría el deber de hablar". Pasividad que se explica por una especie de renuncia o trasferencia espontánea del derecho, dado el carácter allenable de la propiedad. Las circunstancias especiales en que se dé el asentimiento tácito, indicarán si el titular del derecho puesto en peligro tuvo o nó el propósito de despojarse del bien mueble objeto del ilícito.

La acción de hurtar es necesariamente dolosa —nunca por culpa—, puesto que apoderarse de la cosa no es sólo removerla del lugar donde se encuentra, sino quedarse con ella, ponerla bajo el poder y señorío del delincuente para sacar éste un provecho, en sentido general, sabiendo que no es suya. El dolo, por lo mismo, asume en esta infracción una dualidad: dolo genérico y dolo específico. El primero representado por la intención de quitar la cosa, previo el conocimiento de que es ajena y de que se obra contra el querer del dueño. Y el segundo —dolo específico— traducido en el **fin de lucro**, expresión amplia y equivalente a utilidad o beneficio de cualquier clase. Si falta esta intención particular, el hurto no existe, o se transforma en otro delito de título diverso.

Según lo dicho y conforme al artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, constituye hurto toda acción que objetiva y subjetivamente implique el hecho de adquirir poder sobre una cosa mueble ajena, sustrayéndola sin la voluntad del dueño y con ánimo de aprovecharse de ella. Por lo tanto, no existe ese delito cuando el sujeto se apodera de lo cosa **propia**, o de la que razonablemente cree que le pertenece, o de la **res nullius** y de la **res derelictae**. Tampoco lo hay, si el infractor toma lo ajeno en la justa credulidad de que el dueño ha dado su consentimiento. En estos casos, tanto vale lo real como lo putativo, en virtud del principio de la buena fe, que excluye el dolo.

Pues bien: en el presente asunto aparece descartado el dolo en la conducta de Oliverio Navas, ya que todo concurre a demostrar que obró de buena fe al conducir a sus potreros los cinco semovientes hallados en la finca de Nicolás Infante.

En efecto, los ganados de Oliverio y de Nicolás se salían de **El Espinal** y **El Santuario** y penetraban a la propiedad vecina. El propio denunciante así lo reconoce:

"Sí es cierto —dice— que el ganado mío se pasaba para donde Oliverio y también el de éste para mis potreros". (Fs. 151 v., cuaderno 1º). Lo mismo expresa el mayordomo de Nicolás en estos términos: "Sí se pasaba ganado de Oliverio Navas al potrero de Nicolás Infante". (Fs. 78 v., cuaderno 2º).

Días antes de que el procesado pidiera la diligencia de rodeo, andaba en la búsqueda de varias reses que se le habían extraviado, y de ello tenía conocimiento el Alcalde de Coromoro. Sobre el particular existen los testimonios de Heráclito Infante (fs. 8, cuaderno 1º, y 78 v., cuaderno 2º), Cayetano Gómez (fs. 73 v., cuaderno 1º), **Bárbara Merchán** (fs. 98 v.), **Mercedes Merchán** (fs. 90 v.) y el certificado del Alcalde (Fs. 27 v.).

Con estos antecedentes, Navas solicitó el amparo de la policía para recuperar los animales. En el memorial dirigido al Alcalde le dice que "como esta búsqueda ofrece sus dificultades por el solo hecho **de tener que invadir propiedades ajenas**, atentamente pido Ud. se sirva decretar un Rodeo de Ganado Mayor... Me permito rogar a Ud. señale la fecha para practicarlo, **tan pronto se obtenga la notificación de Nicolás Infante**, pues temo y tengo mis razones de que darle tiempo, opere en su favor y de consiguiente **en contra de mis intereses**". (Subraya la Corte).

Las expresiones copiadas indican el convencimiento que tenía Oliverio de estar reclamando lo suyo, no de cualquier manera, sino mediante el auxilio de la autoridad y con el lleno de formalidades legales para que fuera citado y estuviera presente en el acto del rodeo el dueño de

la finca donde Navas presumía se encontraban sus ganados perdidos. Es sencillamente inverosímil que un sujeto que quiere apoderarse de lo ajeno, recurra a la Policía para que le ayude a sustraer los bienes, haciendo citar oportunamente al dueño de éstos, salvo la hipótesis de que los representantes de la autoridad estén en delictuosa connivencia con el responsable, caso en el cual ellos serían también copartícipes de la infracción. Pero tan grave hipótesis hay que desecharla, por no tener ningún respaldo probatorio. El Tribunal lo acepta así de manera absoluta, al afirmar: "Claro está que las autoridades que intervinieron en la diligencia de rodeo no son cómplices del hurto".

Más elocuente todavía es la declaración del mayordomo Heráclito Infante para patentizar la firme creencia en que estaba el procesado, de ser dueño de los semovientes. Cuando se iba a practicar el rodeo y el citado mayordomo trataba de rehuir el acto, Oliverio asume una actitud enérgica y hasta agresiva. Véase lo que relata Infante al respecto: "Tiene que ir con nosotros a ayudarme a juntar el ganado y a **entregarme el mío**" ...Se recogió el ganado en una corraleja y Oliverio dijo que fuera yo también a recoger otro poco que había en un potrero llamado "La Meseta", y yo le manifesté que allá no iba yo, porque nó; y entonces Oliverio me dijo: "Es que Ud. está también de acuerdo con sus patrones, **para ayudarles a robar mi ganado**; por eso es que no quiere ir, porque Ud. también es un ladrón". (Fs. 6 v., cuaderno 1º).

Tal agresividad de Navas se explica por la persuación que tenía de estar haciendo valer un derecho, pues no debe olvidarse que el hombre de campo reacciona con desmedida cólera cuando se siente víctima de un ataque a su patrimonio. Ya lo expresó Von Ihering con estas profundas palabras: "Para el hombre campesino la tierra que cultiva y el ganado que cría son la base de la existencia propia, y contra el vecino que le invade un terrón de su tierra o contra el comerciante que no le paga el ganado vendido inicia, del modo que le es propio, esto es, en la forma de un proceso llevado adelante con tenacísima obstinación, una lucha por el derecho, no de otro modo que el oficial que reacciona con la espada en la mano. Ambos en esta lucha se sacrifican con la misma obstinación; las consecuencias no las calculan totalmente".

Con lo anterior no quiere decirse que don Nicolás Infante, en cuyas dehesas pacían las reses que sacó Oliverio, las hubiese tomado ilegítimamente de la posesión de Navas. Apenas se pretende destacar aquí el estado espiritual de Oliverio, en cuanto veía en tales semovientes un derecho de propiedad que, en su criterio, lo autorizaba para retirarlos de aquellas tierras ajenas y llevarlos a las propias. Y eso es suficiente, en el campo penal, para rechazar el dolo que requiere el hurto.

La buena fe del procesado se sustenta en los 17 testimonios que adujo para acreditar el dominio de los animales en disputa.

El solo hecho de que don Nicolás hubiese presentado igualmente varios testigos sobre la pertenencia de los semovientes, y Rubén Ribero otros tantos declarantes para justificar que era dueño de uno de ellos, está indicando, por lo menos, que el elemento esencial del hurto relativo a que la cosa sea ajena, no está plenamente demostrado, por lo equívoco y dudoso con que se presenta, dada la exclusividad de dominio que alega cada uno de los presuntos propietarios del ganado.

"La cosa sustraída —expone Cuello Calón— ha de ser de indudable pertenencia ajena, pero la existencia de dudas razonables puede excluir el delito.

"Si el agente erróneamente toma la cosa ajena por propia, **si cree obrar en el ejercicio de un derecho**, o cree que la cosa no tiene dueño o que no está en posesión de nadie, en una palabra, cuando el agente cree obrar lícitamente, no hay hurto por ausencia de dolo... Igualmente queda excluído el dolo no sólo en el caso de creencia firme en la licitud de la aprehensión, **sino también cuando existan dudas sobre la propiedad de la cosa y sean dudas con fundamento razonable**". (Derecho Penal, Volumen II, páginas 120 y 122).

La conciencia sobre la licitud del acto la pone de manifiesto el procesado en todas las veces que se le indagó. Conviene reproducir sus acertos:

"Jamás fui con el propósito de adueñarme de lo ajeno, pues nunca he acostumbrado esa clase de abusos y de mi conducta pueden declarar los empleados del Gobierno que me acompañaron en el acto de la sacada de mis reses y de la marcada de ellas" (Fs. 16, cuaderno 1º).

"No he tenido la intención, ni siquiera remota, de apropiarme de lo ajeno en la carrera de mi vida social y comercialmente, siempre he tomado el camino legal, como lo tomé ese día para sacar mis reses, que yo echaba de menos hacía días.

"...Probé suficientemente con las declaraciones del señor Rose Silva y Tobías Duarte, y de

la señora Abigaíl Uribe v. de Ardila la manera legal como adquirí esas cinco reses que ha pretendido Nicolás Infante negarme, siendo de mi exclusiva propiedad, y también hay declaraciones de la manera legal como yo las reclamé, por medio de la autoridad ya dicha". (Fs. 28 v. y 29, cuaderno 2º).

"Me considero honrado, incapaz de cometer un acto prohibido por la ley". (Fs. 36 del mismo cuaderno).

Además, aparecen comprobados los muy buenos antecedentes de Navas, de quien dicen numerosos ganaderos de Sogamoso que lo conocen desde hace unos ocho años "como comprador de ganado llanero para cebar y que durante todo este espacio de tiempo ha sido honorable y estricto cumplidor de sus compromisos". (Fs. 41).

Otro negociante en ganadería —Isaías Ribero— afirma que "al señor Navas se le puede depositar toda la confianza de hombre honrado". (Fs. 40).

Pero hay también otra prueba fundamental que destruye el delito de hurto. Es el informe de los Agentes de la Policía Militar que intervinieron en la diligencia de rodeo, por comisión del Alcalde de Coromoro. Certifican ellos que, al sacar los semovientes, "le preguntó el señor Navas a Heraclio Infante, muchacho éste mayordomo y sobrino de Nicolás, quien en representación de éste y en compañía de otros muchachos ayudaron a recoger el ganado, a Ud. **le consta que de estas cinco reses que me llevo, le consta que me llevo alguna de Nicolás, y éste contestó que no, pues se lleva las que son suyas; volvió y le preguntó si Agente Estupiñán a Heraclio que si él reconocía que se llevaba alguna res de Nicolás Infante, y éste le contestó que nó, que se llevaba las que eran de él, es decir del señor Navas**". (Fs. 96 v., y 97, cuaderno 1º).

Dicho documento, por provenir de personas que desempeñaban un cargo público y estaban en el ejercicio de sus funciones, hace "plena prueba acerca de su contenido" y "de los hechos de que el funcionario da fé", según los artículos 632 del Código Judicial y 251 del de Procedimiento Penal. Y agrega la última disposición que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo".

Y como la autenticidad del informe de la Policía es un hecho incuestionable en el proceso, hay que tener, como verdad indiscutible, lo que allí se expresa.

De consiguiente, cuando los agentes de la autoridad dan fe de que el mayordomo Heráclito Infante manifestó su asentimiento a Oliverio Navas para que sacara los cinco semovientes que había identificado, por reconocer que eran de su propiedad, es preciso concluir que el procesado obró con la aprobación del representante de don Nicolás; y entonces falta otro de los elementos sustanciales del hurto, o sea que el apoderamiento se realice "sin el consentimiento del dueño". (Art. 1º, Ley 4ª de 1943).

Y la voluntad del mayordomo, en este caso, debía interpretarse como si fuera dada por el propio patrón, en virtud de que éste autorizó a Heráclito para que hiciera sus veces durante el acto del rodeo. Tal es lo que declara don Nicolás Infante en los siguientes términos:

"Preguntado.—De manera que Ud. delegó en su mayordomo la facultad de ver y vigilar su ganado como si fuera Ud. mismo el que lo fuera a vigilar y cuidar? Contestó: **Sí señor**". (Fs. 112 v., cuaderno 2º).

En síntesis: Oliverio Navas tomó los animales y los llevó a su finca El Espinal en la creencia motivada de que eran propios y de que había obtenido el consentimiento del mayordomo de don Nicolás Infante para retirarlos de las dehesas donde se encontraban. Es decir, que el dolo —genérico y específico— del hurto resulta inexistente en el caso **sub judice**.

Por esta sola consideración, el Tribunal violó los artículos 1º de la Ley 4ª de 1943 y 203 del Código de Procedimiento Penal, debido a una equivocada apreciación de los hechos concernientes al cuerpo del delito y a la culpabilidad del procesado.

En consecuencia, no hay para qué estudiar las otras interesantes críticas que el demandante le formula al fallo impugnado. Por la misma razón, sobre el análisis de la causal primera —que es subsidiaria— y atinente a la cuantía de la pena.

Probada, pues, la causal segunda de casación, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, **infirma** la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil y, en su lugar, **absuelve** a Oliverio Navas Muñoz del delito de hurto materia de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M.—Luis Zafra. —José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

IMPEDIMENTO

Los términos de amistad íntima y enemistad grave —ha dicho la Corte— envuelven conceptos de apreciación subjetiva y se afirman respecto de relaciones existentes entre dos o más personas. Pero, si bien es verdad que el primer concepto —amistad íntima— es absoluto, no lo es en relación con el segundo, porque la enemistad grave no necesita esa mutua correspondencia que se exige en la amistad; pues, para su configuración sólo es indispensable la presencia de hechos que la revelen, aun cuando no tenga la misma equivalencia respecto de la persona contra quien se profesa esa grave enemistad.

La calificación de la enemistad grave no puede estar sujeta a la opinión unilateral del juzgador, con base en el criterio de apreciación subjetiva de dichos sentimientos, cuando, por otra parte, existen hechos que revelan la existencia de esa enemistad que dentro de los planos subjetivos de quien la profesa puede tomar el calificativo de grave, para dar cabida a la causal de recusación contemplada en la ley procedimental, máxime, cuando las personas entre quienes se plantea son de elevada posición cultural y social.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el incidente de recusación propuesto por el doctor **Carlos Alberto Olano** contra el doctor **Alfonso Cardoza Ortíz**, en el negocio que por un delito de peculado se adelanta contra el primero, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Recusación

En memorial de junio seis de mil novecientos cincuenta y cinco, con fundamento en lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal, el doctor Olano recusa al doctor Cardoza Ortiz, por existir enemistad grave entre el Magistrado y una de las partes, o sea el sindicado.

Acompañada las certificaciones juradas de los doctores Manuel Jesús Lucio, Rafael Zúñiga Z. y Carlos A. Escobar Quintero, "con las cuales —dice el doctor Olano— compruebo hasta la saciedad esa grave enemistad que existe entre nosotros, por lo cual propongo formal recusación contra usted..." "por concurrir la causal 5ª del artículo 73 ibidem, consistente, como lo repito, en la gravísima enemistad que existe entre nosotros, reservándome para presentar nuevos elementos de prueba si fuere necesario.

"En consecuencia, fundado en las pruebas que adjunto con las cuales acredito la enemistad grave que existe entre los dos, como lo exige el texto citado en otro lugar, lo recuso a usted formalmente y pido que el negocio pase al Magistrado que sigue en turno, como lo dispone el artículo 77 de la obra citada".

Pruebas

La comprobación de hechos que configuran la enemistad grave, se basa en los testimonios de los doctores Rafael Zúñiga Z., Carlos Arturo Escobar Q. y Manuel Jesús Lucio, quienes declaran uniformemente, por lo cual, la Sala sólo transcribe una de esas exposiciones, la del doctor Zúñiga, que dice:

"**Segundo.**—Es verdad y puedo afirmarlo por haberlo presenciado, que en reuniones de Sala Plena del Tribunal, por motivos personales existentes entre los Honorables Magistrados doctores Carlos A. Olano y Alfonso Cardoza Ortiz, han tenido altercados y discusiones de suma gravedad, razón por la cual el señor Presidente de la Corporación se ha visto precisado a llamarles la atención y en algunas ocasiones ha suspendido las reuniones."—**Tercero.** Es verdad y me consta de la misma manera y por el hecho antes anotado, que por las palabras cruzadas entre los doctores Olano y Cardoza Ortiz en los altercados an-

tes dichos, se puede apreciar que entre ellos existe una grave enemistad que se ha patentizado igualmente en las relaciones posteriores en las ocasiones en que por razón de ser ambos Magistrados del Tribunal han tenido que reunirse, llegando tal enemistad al extremo de que el doctor Olano para evitar colisiones de carácter grave ha resuelto prescindir de la asistencia a tales reuniones siempre que a ellas asista el doctor Cardoza Ortiz".

El doctor Carlos Arturo Escobar explica que los altercados de suma gravedad se produjeron entre los citados Magistrados Olano y Cardoza Ortiz "en los meses de enero, febrero y marzo de este año". En lo demás, su testimonio es similar al de los otros declarantes.

Resolución

En providencia de siete de junio del presente año, el Magistrado Cardoza Ortiz aplazo la resolución del incidente hasta que el doctor Carlos Alberto Olano tuviera el carácter de parte en el proceso penal, lo cual se cumple cuando el sindicado rinde la correspondiente indagatoria.

Según esta providencia, es parte en el proceso penal la persona que comparece ante la justicia y se le recibe indagatoria; antes no, y "carece de personería para poder actuar en la investigación". Concepto que posteriormente fue rectificado por el funcionario, cuando el Fiscal del Tribunal pidió reposición de dicha providencia, y era natural que así fuera, porque en el Título III, Capítulo I del Código de Procedimiento Penal, al determinar las personas que intervienen en el proceso penal se señalan al Ministerio Público, al procesado, a los apoderados y defensores y a la parte civil.

El empleo de la palabra "procesado" lo asigna la ley indistintamente, para la persona que ha sido llamada a juicio, como para aquella contra la cual sólo existe una mera sindicación, pues sólo así es explicable el contenido del artículo 132 del Código de Procedimiento Penal que expresa: "Cuando a favor de un procesado se dicte auto de sobreseimiento temporal o definitivo...." y es evidente que el auto de sobreseimiento temporal o definitivo sólo se dicta contra el incriminado aun cuando no se le haya recibido declaración indagatoria.

Posteriormente el Juzgado, en providencia de quince de junio de este año, a solicitud del Agente del Ministerio Público, revocó su providencia y consideró la causal de recusación declarándola infundada por no ser la prueba idónea y porque el Magistrado recusado "no siente ninguna aversión, ni odio, ni siquiera antipatía personal contra el recusante".

Se considera:

Las causales de impedimento y recusación, se hallan establecidas en el Código de Procedimiento Penal, con la única finalidad de garantizar la administración de justicia en sus funciones de independencia e imparcialidad, tanto para los funcionarios que la administran como para la sociedad: independencia, en el sentido de evitar todo presunto interés; del Juez o Magistrado, bien sea en favor del sindicado o en perjuicio del mismo; imparcialidad, para que tanto la sociedad como el sindicado o procesado se sientan protegidos en sus derechos.

Los términos de amistad íntima y enemistad grave —ha dicho la Corte— envuelven conceptos de apreciación subjetiva y se afirman respecto de relaciones existentes entre dos o más personas. Pero, si bien es verdad que el primer concepto —amistad íntima— es absoluto, no lo es en relación con el segundo, porque la enemistad grave no necesita esa mutua correspondencia que se exige en la amistad; pues para su configuración sólo es indispensable la presencia de hechos que la revelen aun cuando no tenga la misma equivalencia respecto de la persona contra quien se profesa esa grave enemistad.

La calificación de la enemistad grave no puede estar sujeta a la opinión unilateral del juzgador, con base en el criterio de apreciación subjetiva de dichos sentimientos, cuando, por otra parte, existen hechos que revelan la existencia de esa enemistad que dentro de los planos subjetivos de quien la profesa puede tomar el calificativo de grave, para dar cabida a la causal de recusación contemplada en la ley procedimental, máxime, cuando las personas entre quienes se plantea son de elevada posición cultural y social.

Seguramente estas consideraciones influyeron en el ánimo de los declarantes para omitir detalles de los altercados ocurridos entre los Magistrados Olano y Cardoza Ortiz, ora por respeto al Tribunal del cual hacen parte, bien por consideraciones personales a los Magistrados entre los cuales ha surgido el incidente. Pero dadas las condiciones de los declarantes —Magistrados del Tribunal— es natural suponer que los altercados

habidos en dicha Corporación —sesiones plenas— y la no concurrencia de uno de los Magistrados a ellas, cuando su opositor asiste, son síntomas que demuestran que esas relaciones no son las que deben existir entre personas que, por razón de su trabajo, deben guardar un entendimiento de comprensión y ayuda mutua.

Por otra parte, las expresiones contenidas en el memorial de febrero cinco de mil novecientos cincuenta y cinco, en el cual el doctor Cardoza Ortiz al referirse al procedimiento observado por el Tribunal en relación con la denuncia, dice que: "por una mala entendida solidaridad con el colega acusado, no es posible llegar hasta el encubrimiento" y el concepto de que sus relaciones entre Olano y Cardoza Ortiz no son cordiales, se deduce del auto de quince de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, cuando dice: "siempre fuimos muy cordiales y lo fuéramos aún, si no estuvieran en conflicto con ocasión de este proceso el sentimiento de la amistad con el sentimiento del deber"; dan la impresión de que las relaciones no se hallan en el plano de la amistad sino de la enemistad.

Es natural, se repite, que los declarantes —Magistrados del Tribunal— omitieron hacer una relación detallada de los sucesos acaecidos en las sesiones del Tribunal con motivo de la denuncia formulada contra el Magistrado Olano, pero los hechos, por demás dicientes que se dejan relatados, demuestran los motivos que asisten al doctor Olano para la separación de funcionario instructor.

Debe advertirse que no se trata de poner en tela de juicio la serenidad del Magistrado Cardoza Ortiz para dirigir la investigación en que es sindicado un colega suyo. Simplemente la Sala atiende a la situación que se ha presentado en vista de las pruebas traídas en esta oportunidad, conforme a las cuales la persona que las exhibe no se siente garantizada. Se está, pues, al frente de un aspecto que por subjetivo que sea, debe ser considerado.

Y ésta la razón para que la Sala admita ahora la recusación propuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA FUNDADA la causal de recusación, por consiguiente, separado del conocimiento del presente negocio el Magistrado doctor Alfonso Cardoza Ortiz, y ordena pasar estas diligencias al Magistrado que le siga en turno.

Cópiese y devuélvase el presente negocio.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PREVARICATO. — ABUSO DE AUTORIDAD

1.—Para que se configure el delito de prevaricato, es preciso que en el ánimo del funcionario obre un factor que perturbe su serenidad y que a él se deba la determinación que contraríe la Ley y la justicia en forma manifiesta. Sin la presencia actuante de esa circunstancia que es lo que constituye el dolo específico que tal entidad requiere, no se configura el delito de prevaricato, aunque la decisión sea criticable y no se ajuste del todo a los ordenamientos jurídicos.

2.—En cuanto al abuso de autoridad, es necesaria la concurrencia de un elemento —dolo genérico— del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedeció al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque —ha dicho la Sala Penal de la Corte— que los errores que sufran los jueces o Magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos o sea, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta.

3.—No es indispensable explicar en la parte resolutiva de los sobreseimientos definitivos, el por qué de la decisión que conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se profiera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Bogotá su auto de 14 de enero de este año, en el cual sobresee definitivamente en favor del doctor Eduardo Morales Gómez, a quien el señor Ignacio José Huertas Sánchez le atribuyó el haber incurrido —cuando aquél desempeñaba las funciones de Juez Segundo Civil del Circuito de la Capital que se acaba de mencionar— en faltas que él califica como constitutivas de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, según la denuncia presentada el 20 de julio de 1953, ampliada luégo por orden del funcionario instructor, ante quien formuló un nuevo cargo ("negación de justicia") y se refirió —tratando de precisarlo— a un hecho que comprende exclusivamente al secretario del Juzgado, señor Manuel A. Pachón, sindicado igualmente de aquellos ilícitos.

Surtidos como están los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a pronunciar su decisión respecto de la citada providencia, previas las siguientes anotaciones:

1ª—El 10 de agosto de 1951, el doctor Eduardo Morales Gómez tomó posesión del cargo de Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en virtud del nombramiento que le hizo el Tribunal respectivo.

2ª—En dicho Juzgado cursaba entonces un juicio especial de venta de los bienes hipotecados, iniciado el 10 de febrero de 1950 por Rosa Ballesteros vda. de Rivera —demandante— contra Ignacio José Huertas, demandado.

3ª—Al doctor Morales Gómez le correspondió —y esa fue su primera actuación en dicho juicio— dictar la sentencia de 27 de noviembre de 1951, en la cual se ordenó la venta en pública subasta del inmueble hipotecado; y

4ª—Este fallo, adverso al denunciante, originó el reclamo del señor Huertas, quien en la denuncia de que se ha hablado enumeró una larga serie de irregularidades, que pueden resumirse así: a) que la expresada venta se decretó sin atender a un recibo de pago introducido durante el litigio; b) que reiteradamente solicitó el demandado que se desglosara este recibo o que se declarara falso en la forma prescrita en la Ley, sin haber conseguido ni una ni otra solución; c) que se le condenó a pagar, como deudor de la cantidad de $ 200.00, una suma que excedía de $ 4.000.00; d) que se le demoró (demora que él considera "intencional") la expedición de las copias indispensables para hacer efectivo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, a pesar de haberle pagado al secretario por la compulsa de las mismas la cantidad de $ 60.00; e) que el secretario, señor Pachón, le propuso al de-

mandado Huertas compra del lote hipotecado por una cantidad menor de la fijada en la liquidación del crédito; f) que su apoderado, doctor José Reina Prieto, tuvo que renunciar el mandato para no seguir comprometiendo sus intereses, en vista de la "parcialidad sistemática del señor Juez y secretario"; g) que se dictaron providencias sin dejar ejecutoriar las anteriores y antes de decidir acerca de los recursos contra ellas pendientes; y h) que al entregar el doctor Morales Gómez el despacho a su sucesor, apareció un auto fechado el 9 de junio de 1953, que, sin embargo, no existía en la actuación hasta el 17 del mismo mes de junio.

LA INVESTIGACION

Se trataba de averiguar si en el trámite del referido juicio habían tenido lugar las anomalías apuntadas por el denunciante, y si en verdad podía deducírsele al Juez el cargo de parcialidad que motivó la renuncia del mandato del abogado del señor Huertas. De consiguiente, lo indicado era examinar el expediente y recibir la declaración del doctor Reina Prieto, apoderado del autor de la denuncia criminal. Ambas diligencias se practicaron, la primera con la asesoría de testigos actuarios, y en los resultados de una y otra se apoyó el Tribunal para calificar en la forma conocida el mérito del sumario.

EL AUTO CONSULTADO

Debe la Sala reconocer que el Tribunal estudió con mucho detenimiento el contenido del proceso y que el método y claridad que se advierten en la redacción de la providencia, han facilitado el examen que a ella le corresponde.

Al referirse a los cargos expresa el Tribunal que la única afirmación del querellante que resultó comprobada fue la relativa a que el doctor Morales Gómez desempeñaba las funciones de Juez en la época en que se dictó la sentencia.

Esta declaración la hace en vista de las pruebas procesales, porque en la diligencia de inspección ocular se estableció en forma muy categórica que en el juicio especial en que figuraba como demandado el señor Huertas no se incurrió en ninguna inobservancia o anomalía procedimentales o de otro carácter, y en que el abogado del demandado vencido en dicho juicio dejó expreso testimonio de la legalidad de todas las actuaciones, explicando en la siguiente forma, que predica su seriedad y honorabilidad, los reparos de su mandante:

"En todo caso, le aclaro al señor Juez, que lo que entonces existió no fue otro que una simple diferencia de criterio en la interpretación de la Ley entre el apoderado del demandado y el señor Juez. Empero, considero que esta simple diferencia de criterio no puede ser configurativa de ninguna infracción de la Ley penal, porque de lo contrario no habría un solo funcionario que estuviera actualmente en el ejercicio de sus funciones, porque el criterio de los litigantes es muy distinto del criterio de los funcionarios y entonces cada vez que no coincidiera el criterio con el que adopta un funcionario fallador, éste habría cometido un ilícito con todas las consecuencias anejas a él, lo que en mi concepto está muy lejos de lo consagrado en la legislación colombiana...".

Por corresponder a la realidad de lo esclarecido y por ser muy juiciosos los raciocinios, se transcriben a continuación estos apartes de los considerandos del auto materia de la consulta:

"No está en el ánimo de la Sala adentrarse en el estudio de las razones jurídicas que determinaron el que Huertas Sánchez fuera vencido en el juicio que le promovió su acreedora, pues que dentro de la órbita de sus funciones le está vedado intentar siquiera una revisión de lo actuado en el campo civil. Pero, para desechar de entre esas razones y causas las que el denunciante señaló —parcialidad en el Juez; violación de normas procedimentales, de orden público; ejecución, en fin, de actos que la ley positiva sanciona penalmente— no puede menos de advertir que la diligencia de inspección ocular y el testimonio del doctor Reina Prieto prueban con plenitud que la sentencia que el doctor Morales Gómez profirió fue idéntica a la que ya había dictado su antecesor en el Juzgado, doctor Caitán, que sólo merecidos elogios recibe en la denuncia suscrita por Huertas Sánchez; que los términos procesales fueron cumplidos en forma estricta; que las diversas providencias recibieron notificación legal; que la Sala Civil de este Tribunal confirmó una de las providencias que el Juez acusado profirió —la relativa a la no reducción de los intereses pactados— lo que hace presumir fundadamente que se ajustaron a derecho, contra lo que Huertas Sánchez estima y proclama; que otras de las decisiones no pudieron estudiarse por el Tribunal dado que los recursos contra ellas interpuestos hubieran de declararse desiertos, sin que de ello, como es obvio, deba deducirse cargo alguno contra el Juez de primer grado; y, en fin, que los autores no recogen ni una prueba, siquiera mínima, de que realmente el doctor Morales Gómez hubiera perjudicado, por acción o por omisión, al denunciante Huertas; si a éste le fueron adversos el fallo definitivo y algu-

nas providencias intermedias que resolvieron incidentes, a bien seguro que no le asistía ni la razón ni la justicia.

"Muy ausente se encuentra la demostración de cualquiera de los delitos susceptibles de ser consumados por un Juez: ni el cohecho, ni el prevaricato, ni el abuso de autoridad en su modalidad de denegación de justicia, etc., tienen cabida en estos autos. Y no parece ilícito que los encargados de administrar justicia deban comparecer como reos por el solo hecho de que, al administrarla, se expongan a la acusación de quien no tenía el derecho o no lo demostró: si Huertas Sánchez no contestó la demanda civil; si no intentó en oportunidad defensa alguna; si, al no formular oposición, perdió la ocasión de que el juicio se abriera a prueba; si la excepción de pago parcial la presentó tardía y extemporáneamente; si por su omisión determinó el que sus recursos se declararan desiertos, perdiendo así la garantía de que el Superior enmendara los yerros que, en el entender del mismo Huertas, se habían cometido en la tramitación del negocio, etc., indefectiblemente el resultado no podía ser distinto del que se obtuvo: que fuera vencido en la litis. Pero de que así fuera —y era lo lógico— no puede achacar ese insuceso a proceder ilegal y punible del Juez".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal está de acuerdo con las conclusiones del Tribunal, pues las informalidades que según el conceptuante podrían señalársele al juicio civil ocurrieron antes de actuar el sindicado doctor Morales Gómez. Sólo observa que el sobreseimiento debe adicionarse con la siguiente fórmula: "por aparecer que no se han realizado los hechos que dieron lugar a ella y resultar, además, claramente demostrada la inocencia del acusado".

Se considera:

Prevarica —preceptúa el artículo 168 del C. P.— quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la Ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, guiado por cualquiera de aquellos sentimientos.

Incurre en abuso de autoridad —según el artículo 171 ibídem— el funcionario o empleado público que en ejercicio de sus funciones comete un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

Y deniega justicia, el Juez que con el pretexto de silencio, obscuridad o deficiencia de la ley, rehusa aplicarla o se abstiene de fallar.

Es, pues, preciso que en el ánimo del funcionario obre —en cuanto al prevaricato— un factor que perturbe su serenidad y que a él se deba la determinación que contraríe la Ley y la justicia en forma manifiesta. Sin la presencia actuante de esa circunstancia que es lo que constituye el dolo específico que tal entidad requiere, no se configura el delito de prevaricato, aunque la decisión sea criticable y no se ajuste del todo a los ordenamientos jurídicos.

En cuanto al abuso de autoridad, también es necesaria la concurrencia de un elemento —dolo genérico— del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedeció al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque —ha dicho la Sala Penal de la Corte en sentencias cuyas partes pertinentes reproduce la Vista del señor Procurador— los errores que sufran los jueces o Magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, o sea, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta. O lo que es lo mismo, que no basta motejar de injurídica la sentencia para concluir que quien la dictó es autor de alguna de las infracciones contra la administración pública. Lo que debe demostrarse es la incorrección moral del Juez al pronunciarla. Así como cuando se ha denegado justicia es necesario probar que existió pretexto y no sólo un error.

Acudir a estos expedientes que se traducen en la acusación de los funcionarios, para paliar o justificar los efectos de una providencia judicial, es un recurso que, si no indica desconocimiento de la materia o exagerada susceptibilidad del denunciante, resulta censurable y en ocasiones digno de sanción, cuando se aprecia la temeridad de la denuncia.

Los fallos de los jueces deben presumirse fundados en derecho y si para atacarlos es necesario ofrecer elementos probatorios que los destruyan, cuando se trata de impugnar no solamente el acto sino de acusar al funcionario de quien proviene, debe existir también una prueba, que es algo distinto de suponer, creer o imaginar; salvo que el propósito no sea el de obtener una garantía que ha sido negada, sino el de servirse de un medio (que la Ley reserva a quienes acuden a ella en busca de justicia), como fácil cauce para darle evasión al enojo producido por el resultado de un negocio judicial, debido a circunstancias que ciertamente no podían

atribuírse al Juez o Magistrado que lo adelantó y falló.

En lo que hace a la observación ya anotada del señor Agente del Ministerio Público, estima la Sala que el Tribunal sí expresó los fundamentos de su decisión, como puede verse en esta parte de la misma providencia.

"Lo anterior basta y sobra para que la Sala afirme, sin sombra de duda, que no solamente carecen de toda prueba las acusaciones del señor Huertas Sánchez sino que se halla demostrada a plenitud la inocencia del doctor Morales Gómez; y como consecuencia lógica y como elemental acto de justicia, así debe reconocerse mediante un sobreseimiento definitivo a su favor, con aplicación de lo ordenado por el Código de Procedimiento Penal en los numerales 1º y 2º de su artículo 437 toda vez que los actos atribuídos al Juez acusado no son —ni con mucho— constitutivos de delito y que la inocencia del doctor Eduardo Morales Gómez se halla plenamente demostrada".

Además, la fórmula que exige el artículo 163 del C. de P. P. para explicar el por qué de la decisión que conforme a esta norma se profiera, no es indispensable en la parte resolutiva de los sobreseimientos definitivos, que son soluciones radicales del proceso, una vez cerrado el informativo y agotada la pesquisa. En cambio, como la medida a que se contrae aquel artículo puede adoptarse en cualquier tiempo, y muchas veces a raíz de haberse empezado a averiguar el hecho, entonces es de rigor declarar el motivo que se ha tenido en cuenta para ordenar la cesación del procedimiento que se estaba adelantando y que aún no había concluído como tal.

El sobreseer de modo definitivo implica un previo estudio a fondo del contenido del sumario, un análisis jurídico de los elementos de convicción que en él figuren, para que sea posible resolver que el hecho no se realizó, o que si se realizó no constituye delito, o que aparece clara la inocencia del sindicado, o que éste procedió en cualquiera de las situaciones excluyentes de responsabilidad o justificativas de su actitud.

Así, pues, la parte resolutiva no es sino un corolario de esos presupuestos, y no hace falta repetir cuál es el fundamento del auto.

No ocurre lo mismo cuando hay que aplicar el artículo 153; allí la investigación se interrumpe, bien porque aparece una circunstancia que impide continuarla, o porque se aprecia desde un principio la inexistencia del delito. En estos casos, en la parte resolutiva hay que explicar el fundamento de una determinación que se toma en forma que podría calificarse de anticipada.

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto de fecha, procedencia y contenido ya expresados.

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

Ricardo Jordán Jiménez - **Jesús Estrada Monsalve** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Luis Zafra** — **José Amadeo Rey**, Oficial Mayor.

DENUNCIA CONTRA MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR POR SUPUESTAS IRREGULARIDADES COMETIDAS EN LA TRAMITACION DE UN PROCESO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, quince de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

En sendos escritos del mismo tenor, dirigidos con fecha 23 de abril de 1951 a la Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia por Antonio Yacamán, se denunciaron varias irregularidades ocurridas en el proceso que dicho ciudadano adelantaba por calumnia contra Felipe Gedeón ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, y que cursaba en el respectivo Tribunal Superior por la época de la denuncia.

La Corte, a donde el Ministerio remitió tales documentos, acompañados de un informe rendido por la Fiscalía Segunda del Tribunal antes mencionado, dictó el auto cabeza de proceso con fecha 16 de julio de 1951 y comisionó para esclarecer los hechos al Juez 18 de Instrucción Criminal. El 19 de junio de 1953 la Sala —de acuerdo con su Colaborador Fiscal— sobreseyó temporalmente en favor de los Magistrados presuntamente responsables, doctores Patricio Villalba y Augusto Miranda, y reabrió la investigación que —una vez perfeccionada en lo posible— volvió al señor Procurador Delegado, quien ha emitido concepto solicitando sobreseimiento definitivo "ya que se halla acreditada la inocencia de los incriminados".

HECHOS

Antonio Yacamán denunció por calumnia a Felipe Gedeón el 22 de julio de 1949 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, despacho que llamó a responder en juicio al sindicado por el delito de injuria, en providencia que, apelada por el apoderado de Gedeón, doctor Wildrido Castro, se confirmó por el Tribunal el 2 de marzo de 1950 (78 a 89); contra esta decisión interpuso reposición el doctor Castro (95 a 100), y la Sala revocó el auto de enjuiciamiento ordenando cesar el procedimiento, en proveído de 28 de marzo de 1951 (116 a 120); a su turno, el doctor César Fayad, como apoderado de la parte civil, solicitó la nulidad de lo actuado a partir del auto de 14 de marzo de 1951, por el cual el doctor Augusto Miranda aprehendió el conocimiento del negocio "ya que el impedimento de esta mesa cesó (120 a 122 y 115 a 116); por último, el Tribunal negó lo solicitado por el doctor Fayad, en providencia de 24 de octubre de 1951 (129 a 136).

Fue en la actuación del Tribunal relacionada con el recurso de reposición interpuesto por el doctor Wilfrido Castro y con la solicitud del doctor César Fayad de que se ha hablado, donde Antonio Yacamán encontró las irregularidades de que dio cuenta a la Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia en los siguientes términos:

"1º—A folio 109 v. del informativo aparece el auto de fecha 12 de junio de 1950, por medio del cual el H. Magistrado doctor Villalba ordena verificar la diligencia de Conjuez que ha de reemplazar al H. Magistrado doctor Gómez Naar, quien se declaró impedido por ser hermano del apoderado de Gedeón, auto que debió ser firmado en Sala Dual, y no lo fue, ya que solamente lo firma el doctor Villalba.

"2º—A folio 110 v. aparece la elección del Conjuez que ha de reemplazar al H. Magistrado doctor Camargo saliendo favorecido en esta elección el doctor Clodomiro Herrera Meñaca, quien no aceptó.

"3º—Por auto de 12 de julio de 1950 se ordenó la elección de Conjueces que debían reemplazar a los HH. Magistrados doctores Juan Ignacio Gómez Naar y Camargo Sierra, saliendo favorecidos en la elección los doctores Raimundo Emiliani y Pedro Pacheco Osorio, quienes lo reemplazaban en su orden.

"4º—Al folio 116 del expediente se le dio posesión al doctor Pedro Pacheco Osorio el día 8 de noviembre de 1950, pero en esta posición se dijo que este Conjuez reemplazaba en el conocimiento del negocio al H. Magistrado doctor Gómez Naar. Al doctor Raimundo Emiliani Román no se le dio posesión porque éste manifestó que tenía que ausentarse del país. Hasta la fecha no se ha verificado esta diligencia, no obstante que se ordenó por auto de fecha 17 de noviembre de 1950.

"5º—Por último la providencia de fecha marzo 28/51 aparece firmada por los HH. Magistrados Miranda y Villalba y por el Conjuez Pácheco Osorio. Aquí hay otra anomalía, ya que separándose del conocimiento del negocio el H. Magistrado doctor Gómez Naar, de hecho el Conjuez doctor Pacheco Osorio también queda separado, ya que éste suplía al primero por impedimento con su hermano. Luego entonces al Conjuez que le correspondía firmar este fallo era al que debía reemplazar al doctor Camargo Sierra.

"6º—Con fecha 14 de marzo se dictó por esa Sala el auto aprehendiendo el conocimiento del negocio. Esa providencia le fue notificada a las partes por estado fijado el día 29 del mismo mes. Y antes de cumplirse el trámite procesal de la notificación, esto es, antes de conocerse por las partes la primera providencia dictada en ese informativo —de las cuales estoy haciendo referencia— ya la Sala estaba dictando la sentencia definitiva con fecha 28 de marzo, es decir, anticipándose un día a la notificación legal del auto que aprehendió el conocimiento del negocio. Lo que equivale a decir que la dictó sin que antes se notificara a las partes la providencia primeramente dictada.

"7º—La solicitud de reposición formulada por el doctor Wilfrido Castro C. con fecha 9 de diciembre de 1950, tampoco fue puesta en conocimiento de las partes tal como lo dispone el artículo 185 del Código de P. Penal en relación con el 588 (sic) del C. de P. Civil. En efecto: el expediente subió al Tribunal por apelación que introdujo el doctor Castro y con ponencia del Magistrado Camargo Sierra, a la cual adhirió el doctor Gómez Naar, la providencia apelada fue confirmada. Al serle notificada la providencia respectiva al doctor Castro éste introdujo su alegato de reposición que no sufrió trámite alguno, porque simultáneamente Felipe Gedeón con extraordinaria habilidad otorgó poder al doctor Ramón Gómez Naar con lo cual consiguió separar del conocimiento a los Magistrados que le estaban confirmando el auto de proceder. La tramitación principal se paralizó mientras se determinaban los impedimentos, etc., etc.

"Al reintegrarse la Sala con entrada del doctor Miranda y del Conjuez Pacheco Osorio, quien en la actualidad y desde hace más de diez años es enemigo del doctor César Fayad mi apoderado, debió venir lógicamente el auto ordenando poner en conocimiento de las partes la reposición del doctor Castro. No se hizo así. Por lo expuesto, se observa con absoluta claridad que se han pretermitido numerosas reglas de procedimiento que invalidan lo actuado...".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado estima que no se ha configurado delito alguno en el proceso y, concretamente, que no se estructura el abuso de autoridad denunciado. Al efecto, hace un recuento minucioso de los cargos formulados y concluye que "de acuerdo con la relación hecha no se comprobó el ejercicio de funciones arbitrarias o injustas que con ocasión de la tramitación del recurso de apelación hubiera incurrido el Tribunal o con más precisión los Magistrados Augusto Miranda y Patricio Villalba".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del respectivo proceso se allegó al actual copia de lo pertinente, y de ella aparece:

1º—Que el auto de 12 de junio de 1950 en que se declaró separado del conocimiento al señor Magistrado doctor Juan Ignacio Gómez Naar —por ser éste hermano legítimo del defensor del sindicado Felipe Gedeón—, se ordenó sorteo de Conjuez y se señaló día para efectuarlo, se firmó únicamente por el Magistrado Patricio Villalba (103);

2º—Que el 14 de julio siguiente fue elegido Conjuez el doctor Clodomiro Herrera Meñaca (103 a 104), quien se excusó de aceptar el cargo (105);

3º—Que el 25 de agosto del mismo año se efectuó el sorteo de Conjuez para reemplazar al doctor Juan Ignacio Gómez Naar, por no aceptación del doctor Herrera Meñaca, y al doctor Ricardo Camargo Sierra —quien se había separado también del conocimiento del negocio, por enemistad grave con el apoderado de Gedeón, doctor Ramón Gómez Naar—, habiendo resultado electos los doctores Raimundo Emiliani Román y Pedro Pacheco Osorio (105 a 106), el primero de los cuales no se posesionó;

4º—Que el 8 de noviembre ibidem se le dio posesión al doctor Pacheco Osorio, diciéndose que asumía el cargo "en reemplazo del H. Magistrado doctor Juan Ignácio Gómez Naar" (109), cuando, en realidad, aquél había sido sorteado para reemplazar al doctor Camargo Sierra;

5º—Que la providencia en que el Tribunal repuso la suya propia de 2 de marzo de 1950, por la cual había confirmado el auto de proceder del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, para —en su lugar revocar el llamamiento a juicio contra Gedeón y ordenar la cesación del procedimiento, se suscribió por los Magistrados Augusto Miranda, Patricio Villalba y el Conjuez Pacheco Osorio (120);

6º—Que, efectivamente, el auto de revocatoria del llamamiento a juicio y cesación de procedimiento que acaba de mencionarse lleva fecha 28 de marzo de 1951 (116), y la providencia en que la mesa del doctor Juan Ignacio Gómez Naar reasumió el conocimiento —por haber nombrado la Corte Magistrado al doctor Augusto Miranda en reemplazo de aquél (45 v.)— se notificó por estado el 29 del mismo mes de marzo de 1951 (116);

7º—Que la solicitud de reposición del doctor Wilfrido Castro (95 a 100) contra el auto del Tribunal de 2 de marzo de 1950, confirmatorio del de proceder dictado por el inferior, no fue puesta en la Secretaría a disposición de la contraparte, como lo prescribe el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil; y

8º—Que el proveído de 24 de octubre de 1951 en que se negó la nulidad de lo actuado —pedida por el doctor César Fayad a partir del auto de 14 de marzo de 1951, por el cual el doctor Augusto Miranda aprehendió el conocimiento como sucesor del doctor Gómez Naar— se firmó por los Magistrados Patricio Villalba, Francisco Rodríguez B., Ramón Mercado, Mario Alario Di Filippo y Francisco de P. Manotas, y por el doctor Alberto H. Torres (129 a 136), designado Conjuez para sustituir al doctor Miranda, quien se había separado del negocio por impedimento fundado en grave enemistad con el doctor Alberto Mendoza Díaz, nuevo apoderado de la parte civil (125).

Del anterior esquema de constancias procesales se infiere la irregularidad con que se tramitó en el Tribunal Superior de Cartagena la investigación adelantada contra Felipe Gedeón. Excepción hecha de la no suscripción por todos los Magistrados de la Sala del auto en que se aceptó el impedimento manifestado por el doctor Juan Ignacio Gómez Naar, se ordenó el correspondiente sorteo de Conjuez y se señaló día para efectuarlo —que no constituye informalidad, porque esa clase de providencias sólo exigen la firma del Magistrado sustanciador— pasa la Corte a examinar los demás cargos formulados en la denuncia del señor Antonio Yacamán.

En la diligencia de sorteo de Conjueces para reemplazar a los Magistrados Juan Ignacio Gómez Naar y Ricardo Camargo Sierra, resultaron elegidos Raimundo Emiliani Román y Pedro Pacheco Osorio; sobre el segundo se hizo constar en la posesión que sustituía al Magistrado Gómez Naar, y el primero no se posesionó por haberle sucedido a Gómez Naar en el cargo el doctor Augusto Miranda, quien firmó con el doctor Patricio Villalba y el Conjuez Pacheco Osorio el auto en que se revocó el de proceder de la primera instancia y se ordenó cesar el procedimiento.

Se dice que, al proferir tal decisión, la Sala estuvo mal constituída porque si el doctor Pacheco Osorio suplía al doctor Gómez Naar y a éste le había sucedido el doctor Augusto Miranda, el primero de los nombrados no podía actuar como Conjuez. Pero la inexactitud contenida en el acta de posesión no tiene el alcance de viciar la función derivada de un nombramiento que se hizo con la *expresa* finalidad de sustituir al doctor Camargo Sierra y que se ejercitó para completar un *quorum* desintegrado no precisamente por la ausencia del doctor Gómez Naar —ya desinvestido—, sino por la *transitoria* del único titular separado del negocio por causal de impedimento.

Igualmente son ciertas las afirmaciones de que el Tribunal repuso su providencia confirmatoria del auto de proceder del inferior con fecha 28 de marzo de 1951, o sea antes de cumplirse la notificación por estado de la providencia de 14 de los mismos en que el Magistrado doctor Miranda aprehendió el conocimiento del negocio; y que la solicitud de reposición correspondiente no se sujetó al trámite establecido por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el 185 del estatuto procesal penal.

Sobre el particular, la Procuraduría transcribe los siguientes apartes tomados del auto de 24 de octubre de 1951, por el cual negó el Tribunal la nulidad de lo actuado en el sumario contra Felipe Gedeón, donde los referidos cargos se analizan en forma que también la Corte prohija:

"...Considerando el primer hecho para su estudio y análisis es oportuno transcribir el texto del proveído a que él se contrae. Es del siguiente tenor: ...'Tribunal Superior, Sala Penal — Cartagena, marzo catorce de mil novecientos cincuenta y uno.—Aprehéndase el conocimiento del presente negocio, ya que el impedimento de esta mesa cesó. Notifíquese y una vez surtidas las notificaciones, vuelva al despacho. Notifíquese y cúmplase. (fdo.), Augusto Miranda'.

"Como se observa, la providencia inserta no traduce cosa distinta que un acto de mera sustanciación. El negocio, a causa de impedimentos había circulado por varias mesas de la Sala y regresaba a la del doctor Miranda en virtud de haber cesado la causal. Indudablemente, aunque ese auto emanado de la mesa del sustanciador se dictó el día catorce (14), sólo el veintinueve (29) vino a enterársele a las partes por estado. Pero si esto es cierto, también lo es que la circunstancia de llevar el fallo fecha anterior al de las notificaciones de aquel

proveído de mero impulso, en nada perjudica los derechos de los interesados en el proceso, ni estropea la facultad de cada una de ellas de defender su causa. Jamás las irregularidades que afectan a un auto de sustanciación trascienden en vicios de nulidad del proceso; equivaldría ello a subordinar la parte sustantiva de un juicio, lo fundamental de él, a cuestiones extremadamente adjetivas y simplistas...

"Por ello los defectos de notificación en el auto de proceder que puedan generar vicios, se convalidan con el transcurso de un lapso de treinta días después de una notificación personal si el interesado no lo reclama...

"Considerando el segundo hecho, o sea el de la falta de traslado a la contraparte del escrito de reposición del doctor Castro, pueden ofrecerse para la objeción los siguientes argumentos:

"El traslado tiene por finalidad enterar a la contraparte del recurso interpuesto para que ésta a su turno se oponga a las alegaciones del recurrente mediante escrito. En el caso de autos la existencia de esa solicitud de reposición, aun cuando no se mandó tener el memorial en la secretaría a órdenes de la parte civil para que la objetara, no fue ignorada: se impetró el recurso el diez de marzo del año próximo pasado. En diez y ocho de abril se notificó al abogado del ofendido, personalmente el auto en que se aceptaba el impedimento presentado por el H. Magistrado doctor Camargo Sierra. También se notificó personalmente al señor don Antonio Yacamán. El veintinueve de mayo del mismo año, otro Magistrado de la Sala, doctor Ignacio Gómez Naar, se declaró impedido para actuar en el negocio, tal providencia se notificó personalmente al abogado de la parte civil y al señor don Antonio Yacamán. Se excusó el Conjuez doctor Herrera Meñaca y el auto en que se aceptó la excusa fue notificado personalmente al abogado de la parte civil. Se hizo diligencia de sorteo de Conjuez el veinticinco de agosto del mismo año y el auto recido (sic) a esa diligencia fue notificado personalmente al abogado de la parte civil y al señor Antonio Yacamán.

"...

"Tenían plena sabiduría, pues, tanto el apoderado de la parte civil como el señor Antonio Yacamán, de que todo ese trámite debía agotarse precisamente para que culminara el negocio en esta segunda instancia con la solución del mencionado recurso y tenían plena sabiduría igualmente que era ese recurso lo que mantenía acá en la Sala el expediente. Así las cosas, la parte civil conocía ese escrito y propugnaba porque se decidiera pronto. Entonces en lugar de los dos días a que le hubiera dado derecho el traslado a que hace mención el doctor Fayad en su memorial, la parte civil tuvo una oportunidad más larga para objetarlo, o lo que es lo mismo desde el diez de marzo de mil novecientos cincuenta hasta el veintiocho del mismo mes en mil novecientos cincuenta y uno; un año largo para impugnar la reposición. ¿Podrá en semejantes circunstancias alegarse vicio de nulidad porque no se le corrió traslado por dos días?..." (fls. 132 a 135).

Aparte de que muchas de ellas constituyeron defectos de procedimiento principalmente imputables a la Secretaría de la Corporación, resulta de lo transcrito que las irregularidades cometidas en el sumario seguido por injuria contra Felipe Gedeón ningún perjuicio causaron a las partes, ni implicaron la privación de recursos o derechos esenciales, ni podían determinar la nulidad de lo actuado, por no hallarse comprendidas en la enumeración taxativa consagrada en el artículo 198 del estatuto procesal. Su comisión por el Tribunal, mientras los autos estuvieron a su estudio, es censurable, pero ningún ilícito estructuran, de que hubieran podido ser llamados a responder en juicio los Magistrados y Conjueces que conocieron del referido negocio. "No se comprobó el ejercicio de funciones arbitrarias o injustas", dice el señor Procurador Delegado; y así lo entendió sin duda la Corte al declarar cerrada la presente investigación sin oír a los incriminados.

En esa virtud habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, por la causal de que trata en su segunda parte el ordinal 1º de dicho precepto: no ser constitutivo de delito el hecho investigado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su Colaborador Fiscal y acorde con él, **sobresee definitivamente** en favor de los doctores Augusto Miranda, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez B., Mario Alario Di Filippo, Ramón Mercado, Francisco de P. Manotas, Pedro Pacheco Osorio y Alberto H. Torres, cuya actuación como Magistrados y Conjueces del Tribunal Superior de Cartagena, en el sumario por injuria contra Felipe Gedeón, dio origen a este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

CONSULTA. — SE ORDENA REABRIR UNA INVESTIGACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, quince de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó consulta el auto de primero de diciembre de 1954, por el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Hugo Ferrer Denis, ex-Fiscal del Juzado Superior del mismo Distrito, con base en la causal contemplada en la segunda parte del ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal: no ser constitutivo de delito el hecho investigado.

Se adelantaron las presentes diligencias a virtud del oficio número 311 de 24 de octubre de 1951, dirigido por el Juez Segundo Superior de Manizales al señor Ministro de Justicia, para que se averiguara la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el funcionario inriminado por haber puesto en libertad al preso José de Jesús Ayala Hernández, sindicado de homicidio en la persona de Pedro Aparicio Mosquera, no obstante habérsele advertido que contra el mismo individuo se había dictado orden de detención en otro proceso que se le seguía ante el mencionado despacho judicial por muerte del Reverendo Padre Modesto Arnaus, ocurrida en el Municipio de Baudó, Departamento del Chocó, el 15 de marzo de 1947.

De autos resulta que el Juzgado Segundo Superior de Manizales —donde se habían radicado las diligencias por la muerte del Padre Arnaus y donde Ayala había sido llamado a responder en juicio por el ilícito de homicidio con caracteres de asesinato, en providencia que había quedado en firme— solicitó se pusiera a su disposición el procesado una vez hubiera concluído la detención sufrida por él a órdenes del Juzgado 18 de Instrucción Criminal, del Juzgado Cuarto Superior de la Cuarta Brigada de Medellín y del Juzgado Superior de Quibdó, bajo la imputación del homicidio en Aparicio Mosquera; que habiendo dictado este último despacho auto de proceder contra Ayala Hernández por la muerte de Aparicio Mosquera, el respectivo Tribunal revocó tal providencia para sobreseer temporalmente en favor de Ayala Hernández y ordenar su libertad provisional; y que llegado el negocio a la Fiscalía del Juzgado Superior de Quibdó, entonces a cargo del doctor Ferrer Denis, el sindicado fue puesto en libertad por este funcionario.

Pide a la Corte el señor Procurador Primero Delegado se revoque el auto de que se hace mérito y, en su lugar, se profiera llamamiento a juicio contra el doctor Hugo Ferrer como responsable de alguno de los ilícitos de que trata el Código Penal en su Libro II, Título III, Capítulo IV, referentes al abuso de autoridad y otras infracciones.

Se considera:

Ciertamente no hubo la actividad debida para impedir se cumpliera, en la Fiscalía del Juzgado Superior de Quibdó, la libertad de Ayala Hernández, una de cuyas causas principales fue la de no haberse agregado, en el momento oportuno, al respectivo expediente las comunicaciones telegráficas en que se hacía la advertencia de que el sindicado debía pasar a disposición del Juzgado Segundo Superior de Manizales cuando cesaran los motivos determinantes de su primera detención.

En ello se basó el Tribunal **a quo** para dictar la providencia de que se hace mérito, mientras la Procuraduría, por su parte, solicita sea ella revocada y, en su lugar, se dicte auto de proceder contra el inriminado, porque "Si es evidente que el Fiscal Ferrer Denis no tuvo oportunidad de conocer, con antelación a la fecha en que libró la boleta de libertad de José de Jesús Ayala, las comunicaciones que el Juez Segundo Superior de Manizales dirigió al Juez Superior de Quibdó reclamando al preso, porque por un inexplicable descuido, que igualmente merece investigarse, ellas no se agregaron al expediente que contra el mismo Ayala cursaba en esa ofici-

no por el homicidio de Pedro Aparicio Mosquera, pero ello no excusa la falta del señor Fiscal, puesto que en el cuestionado expediente ya existía una constancia de que contra Ayala Hernández había dictado el Juzgado Segundo Superior de Manizales una providencia de detención, y es la que obra al folio 140 del primer cuaderno, que aparece reproducida en el acta de la diligencia de inspección ocular que corre al folio 8 y vuelto de estas diligencias, y cuya existencia fue oportunamente recordada al funcionario por el Vicario Delegado y Secretario de la Prefectura Apostólica del Chocó".

Ocurre, sinembargo, que en la referida inspección ocular (visible al folio 8 y v., del cuaderno Principal) no se estableció la época en que la constancia a que alude el Ministerio Público se allegó al informativo adelantado contra Ayala Hernández por muerte de Pedro Aparicio Mosquera, dato sin el cual es aventurado afirmar la posibilidad en que estuviera el sindicado de conocerla con anterioridad a la excarcelación en que se hace consistir el ilícito investigado.

De consiguiente, habrá de reformarse el auto consultado en el sentido de sobreseer temporalmente en favor del doctor Ferrer Denis y de reabrir la investigación para que se practiquen las siguientes pruebas:

A)—Nueva inspección ocular en el mismo expediente en que se practicó la que obra al folio 8 y v., del Cuaderno Principal de este proceso, con asistencia de peritos que el comisionado puede designar, para que se determine la fecha en que los despachos y oficios relacionados en esa primera diligencia se agregaron al sumario seguido contra José de Jesús Ayala Hernández por homicidio en la persona de Pedro Aparicio Mosquera, con transcripción de los mismos y constancia de su recibo y agregación a los autos: y se establezca si —aparte de los ya mencionados— aparecen otros documentos, diligencias o constancias relativas a la solicitud que las autoridades judiciales de Manizales hicieran a los funcionarios que conocieron del aludido sumario contra Ayala Hernández sobre remisión de éste en calidad de detenido. En caso afirmativo se sacará copia de esos documentos, diligencias o constancia, con expresión de las fechas en que se incorporaron al mismo y folios que les corresponden.

En la inspección ocular ordenada se indicarán las fechas y folios de las actuaciones que precedan o sigan al recibo y agregación a los autos de los despachos, oficios, documentos, diligencias y constancias de que se hace mención, así como también las fechas y los folios correspondientes a la actuación relacionada con la excarcelación de Ayala Hernández, de que se inculpa al doctor Ferrer Denis como Fiscal del Juzgado Superior de Quibdó.

B).—Las demás diligencias que el instructor estime conducentes al esclarecimiento del punto cuestionado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

I—**Reformase** la providencia consultada en el sentido de que el sobreseimiento dictado por el Tribunal Superior de Quibdó en las presentes diligencias es **temporal** y no **definitivo**;

II.—**Reábrese** la investigación para que se perfeccione el informativo en la forma indicada en la parte motiva de este proveído, y

III—Para la práctica de las pruebas que por este auto se ordenan **comisiónase**, con diez días de término libres de las distancias, al señor Juez Penal del Circuito de Quibdó, a quien se le enviarán los autos originales.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Ricardo Jordán Jiménez. —Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

IMPEDIMENTO

Las causales de recusación están taxativamente señaladas por el legislador, ya que se refieren a la capacidad subjetiva en concreto del Juez y miran a la competencia, la cual, por ser de orden público, sólo la ley puede regular.

La circunstancia de que el Juez competente en el ramo penal haya declarado en el proceso, está fuera de la previsión legal para quitarle el conocimiento del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

Pasa la Corte a decidir sobre el impedimento del Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Luciano Wallis López, para conocer del proceso que se adelanta en esa corporación contra el Juez 4º Civil del Circuito, doctor Ernesto Garcés O'Byrne, sindicado de los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria.

Dicho Magistrado se declaró impedido por haber declarado en ese negocio. Pero el Tribunal no aceptó la razón invocada por el doctor Wallis López, porque la ley "no la considera como causal de impedimento, y sólo se explica que haya sido aducida por un sentimiento de excesiva delicadeza personal".

Se considera:

Las causales de recusación están taxativamente señaladas por el legislador, ya que se refieren a la capacidad subjetiva en concreto del Juez y miran a la competencia, la cual, por ser de orden público, sólo la ley puede regular.

La circunstancia de que el Juez competente en el ramo penal haya declarado en el proceso, está fuera de la previsión legal para quitarle el conocimiento del mismo. Ello, sin duda, porque el testigo apenas relata hechos que ha percibido, sin más interés que el de decir la verdad y sólo la verdad. De suerte que el declarante no queda vinculado al respectivo proceso con sentimientos que puedan privarlo más tarde, al conocer del negocio, de la rectitud y ecuanimidad propias del juzgador. Por el contrario, puede hallarse en mejores condiciones para apreciar y decidir con acierto sobre el caso **sub judice**, por el conocimiento personal y directo que ha tenido de algunos de los temas relacionados con la investigación. Tan evidente es esto, que el artículo 379 del Código de Procedimiento le ordena al Juez detener al procesado cuando "lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción". En este evento, la prueba para detener se funda, precisamente, en el testimonio del propio funcionario que dicta la providencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **declara infundado el** impedimento que manifestó el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Luciano Wallis López; y, por lo tanto, debe seguir conociendo, como miembro de la Sala Penal, del proceso contra el doctor Ernesto Garcés O'Byrne por abuso de autoridad y detención arbitraria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra.—José Amadeo Rey, —Oficial Mayor—.

COLISION DE COMPETENCIAS. — AGENTES DE POLICIA

Si el hecho de que trata este expediente tuvo lugar en el mes de febrero de 1952, es obvio que sus presuntos autores no se hallan amparados por el fuero castrense, que sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio al de las Fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. —Bogotá, diecinueve de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Vienen a la Corte las presentes diligencias adelantadas contra los ex-agentes de la Policía Nacional —División del Valle—, Luis Hernando Parra, Humberto Alirio Mateus, Arcesio Viveros y Jesús Campo Guerrero, por homicidio en la persona de Pedro Luis Quintero, para que se dirima la colisión de competencias negativas entre el Juzgado Segundo Superior de Buga y el Comando de la 3ª Brigada de Cali.

Consta de autos que el 27 de febrero de 1952 se presentaron ante la Alcaldía de Tuluá los mencionados Parra y Mateus informando que en la región de "Morales", jurisdicción de ese Municipio, en las inmediaciones del retén situado en la carretera central que conduce a Andalucía, acababan de dar muerte "a un individuo que, según les había manifestado, responde al nombre de Pedro Luis Quintero y a quien venían siguiendo con el fin de capturarlo por haber sido sorprendido in-fraganti en el hurto de unos cerdos"; y que en la respectiva investigación aparecieron comprometidos, además, Viveros y Campo Guerrero.

Adscrito el conocimiento del negocio al Juzgado Segundo Superior de Buga, este despacho, acorde con su Colaborador Fiscal, remitió el negocio a la Justicia Penal Militar provocándole competencia negativa y ordenando su envío a la Corte Militar de Casación y Revisión, en caso de no aceptarse lo resuelto, con base en los Decretos números 1125 de 1950, 1005 de 1952, 1814 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954.

Por su parte, el Comando de la 3ª Brigada de Cali se negó a avocar el conocimiento en proveído de 28 de junio del año en curso, que dice en lo pertinente:

"Ciertamente por medio del Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, expedido por el Poder Ejecutivo, el Cuerpo de la Policía Nacional fue incorporado a las Fuerzas Armadas y por el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954 se dispuso que de todos los delitos que cometan miembros de las Fuerzas de la Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar.

"En el presente negocio figuran como sindicados del delito de homicidio los ex-agentes de Policía Luis Hernando Parra, Humberto Alirio Mateus, Arcesio Viveros y Jesús Campo Guerrero y, según constancias procesales, los hechos tuvieron su ocurrencia el veintisiete (27) de febrero de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

"Se tiene, entonces, que si el ilícito investigado se perpetró, como así puede deducirse porque tal aparece con claridad meridiana, mucho antes de ser incorporados los miembros de la Policía a las Fuerzas Armadas, los acusados no pueden ser juzgados en este caso por la Justicia Penal Militar porque en ese entonces no tenían ningún fuero castrense; sería indispensable que al tiempo del hecho los ex-agentes ya hicieran parte de las Fuerzas Armadas para que fueron cobijados por el precitado Decreto 1426. . . . . .

"Así, pues, como este Comando no comparte las razones en que se apoya el señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga para negarse a conocer de este negocio y como tampoco, por los motivos expuestos antes, se estima que le compete a la Justicia Penal Militar, habrá de ser la entidad que corresponda la encargada de resolver este incidente, que en este caso no es la H. Corte Militar de Casación y Revisión como lo manifiesta aquel funcionario sino la Honorable Corte Suprema de Justicia de conformidad con los artículos 17 y 18 del Decreto 2900 de 1953 (Código de Justicia P. Militar)".

Se considera:

Ya con fecha 9 de los corrientes y a propósito de una controversia similar suscitada entre las mismas autoridades que aquí están en desacuerdo, se expresó la Corte en los términos que a continuación se transcriben como fundamento de esta providencia:

"...Las leyes sobre procedimiento son de aplicación inmediata, tanto en los procesos que están por iniciarse como para los que se hallen en curso, y rigen para los delitos que se perseguían antes de ser promulgadas.

"Este es un principio que aún cuando no absoluto, sí consagra una regla de interpretación cuando se trata de saber qué preceptos deben aplicarse en los casos de tránsito de una legislación a otra.

"En cuanto al problema que ahora se estudia, es preciso examinar qué disponían los Decretos vigentes en la época en que tuvieron lugar los hechos de que dá cuenta este proceso.

"Decía entonces el Decreto 1534 de 1950 que de los hechos delictuosos, bien por su naturaleza (devastación, saqueo y extorsión) o por deberse a actos del servicio del imputado, conocía la justicia militar. Vinieron luego los Decretos 1814 y 2900 de 1953, vigente aquél desde el 10 de julio y éste desde el 14 de noviembre del año citado. El artículo 1º del Decreto 1814 dispuso la incorporación de la Policía a las Fuerzas Armadas; y el artículo 140 del Decreto 2900 ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía con fuero militar, en virtud de dicha incorporación, se tramitaran conforme a sus disposiciones. Lo cual quiere decir y ya en presencia del artículo 12 del Decreto 1426 de 1954 que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar.

"Mas éste no es el caso de los agentes Fernández, Arias y Lozano, puesto que cuando tuvieron lugar los hechos que a ellos se les atribuye la Policía aún no gozaba del fuero consagrado en tal Decreto. Y así resulta claro que el competente para conocer del proceso en que ha surgido la colisión que se va a dirimir es el Juez Segundo Superior de Buga.....".

Si el hecho de que trata este expediente tuvo lugar en el mes de febrero de 1952, es obvio que sus presuntos autores no se hallan amparados por el fuero castrense, que sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio al de los fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953. Así lo ha interpretado la Corte en los apartes transcritos, y con el mismo criterio habrá de dirimirse la colisión de que se hace mérito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dirime la colisión de que se ha hablado en el sentido de que es al Juzgado Segundo Superior de Buga y no al Comando de la Tercera Brigada de Cali, a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de lo aquí resuelto al Comando de al Tercera Brigada de Cali, y remítase el proceso al Juzgado Segundo Superior de Buga.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

ANORMALES — NULIDADES

Determinar si la persona sindicada por la comisión de un delito es normal o anormal, constituye para el derecho y para la justicia penal el punto básico sobre el cual giran el proceso y sus consecuencias. Cuando se trata de persona normal, determinada y reconocida la responsabilidad, se imponen penas privativas de la libertad; pero, cuando son anormales determinada la responsabilidad legal social, se imponen medidas de seguridad en vez de penas.

La personalidad del procesado y las condiciones que la caracterizan, deben investigarse en el sumario según lo dispone el artículo 294 numeral 5º; 374 y 375 del Código de Procedimiento Penal. Cuando el sindicado presenta indicios de enajenación mental, intoxicación crónica o grave anomalía psíquica, es deber del funcionario someter al acusado a la observación inmediata de facultativos para que dictaminen sobre la clase de anormalidad, concepto que debe tenerse en cuenta al calificar el mérito del sumario.

El dictamen médico legal, examen psíquico somático, a que hace referencia el auto de proceder y la providencia que lo confirma, debía cumplirse en la tramitación de la causa. La iniciativa de la prueba podía surgir del sindicado o de su representante legal; pero la ausencia de petición no eximía al funcionario de la obligación de practicarla (Art. 446 del C. de P. P.).

Condenar a una persona sin proporcionarle todos los medios de defensa establecidos en la ley, no sólo es violatorio de las normas procedimentales, sino de principios constitucionales que consagran normas eficaces en defensa de los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución garantiza que nadie puede ser condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, y entre esa plenitud de garantías nada más importante que la referente a pruebas que van a demostrar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, o aquellas que por imperativo legal —orden del Juez— deben practicarse para saber a ciencia cierta si la persona —sujeto de proceso—es normal o no. La omisión de estas formalidades engendra un vicio sustancial en el proceso.

La nulidad en este caso no depende de la violación de los artículos 198 y 199 del C. de P. P. que señalan las más frecuentes en los procesos penales, sino del quebrantamiento de una norma de superior jerarquía como es el artículo 26 de la Constitución Nacional; declaración que no está condicionada a la voluntad de las partes, pues su reconocimiento lo hace el Juez de manera oficiosa, cuando advierte su presencia en cualquier estado del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, condenó a **Antonio Suárez Montejo** a la pena principal de quince años de presidio, como responsable de la muerte de Griselda Muñoz.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y cumplidas como se hallan las formalidades legales, se procede a su estudio.

Hechos:

Antonio Suárez Montejo y Griselda Muñoz tenían su residencia en la población de Durania. Sus relaciones no eran lícitas y vivían juntos en calidad de amantes. Suárez Montejo era vendedor ambulante de mercancías, por tal motivo, se ausentaba con frecuencia de su casa. El doce de agosto, al regresar de una correría, Pilar Alvarez le informó que Griselda tenía relaciones amorosas con un muchacho cuyo nombre omitió, acon-

sejándole que debía abandonar a su querida. En busca de la verdad, Suárez Montejo reunió a Pilar Alvarez, Antonio Pérez Griselda Muñoz y a José N. y procedió a interrogarlos sobre el hecho relatado por Pilar Alvarez, quien manifestó no ser ciertos los cargos materia de la averiguación.

Al día siguiente (13 de agosto) fueron visitados por Hermelina Muñoz —madre de Griselda— a quien Suárez Montejo manifestó que era mejor que se llevara a su hija, pero Hermelina replicó que "no se dejara creer de cuentos, que era mejor que siguiera viviendo con ella" consejo que fue aceptado. Pero en la tarde de aquél día, Montejo encontró a "Griselda con el citado muchacho; éste le estaba dando un cigarrillo y estaban prendidos de la mano". El 14 de agosto de 1950, Grisolda invitó a Suárez Montejo para que fueran a casa de su madre Hermelina, propuesta que fue aceptada. En el trayecto, Suárez Montejo expresó que tenían que visitar a un amigo, a lo cual Griselda replicó que "se le hacía raro que siendo tan tarde la convidara para allá". En el barrio "La Palma" en la tienda de Marcos Poveda tomó unos tragos y luego siguieron por la vía que va para San Isidro.

"Al llegar a un sanjoncito —dice el acusado— me dijo que qué intenciones tenía yo con ella, que estaba sorprendida de verme tan raro; yo le dije únicamente que si no recordaba todos los cuentos que me habían contado de ella; Griselda me dijo: No Antonio, esas puras mentiras (sic), yo lo quiero mucho a usted; luego seguimos y delante en un plancito qué hay, y que se divisa para "La Palma", allí la agarré de un brazo con una mano y con la otra saqué la cuchilla que la llevaba en la pretina por dentro de la camisa. Griselda al ver que yo saqué la cuchilla empezó a gritar, enseguida le seguí dando puñaladas, sin darme cuenta cuantas puñaladas le dí, lo único que recuerdo fue que fueron bastantes; en seguida se cayó al suelo y ví que empezó a moverse en la agonía de la muerte, en seguida yo emprendí carrera de regreso....con el ánimo de presentarme".

En el Barrio de San Marino, se encontró con dos soldados que lo hicieron preso.

Actuación procesal

Al sumario se allegaron las pruebas atinentes a demostrar la verdad de los hechos investigados, y en el curso de aquél se produjo el dictamen de los médicos legistas, cuyos apartes se transcriben:

"Durante los distintos interrogatorios que se le practicaron, éste individuo reveló la misma incoherencia de los juicios, fenómenos delirantes, alucinatorios, amnésicos, desadaptación en el tiempo y en el espacio, efectividad muy poco marcada, pérdida de la voluntad, de la inteligencia, es decir, un descontrol absoluto y total de sus facultades mentales. Los hechos acontecidos y que constan en el expediente, son ignorados por completo por el sindicado, ya que alega que la esposa vive y lo frecuenta y en otras que murió en la guerra de fines del siglo pasado. Contrasta el estado aquél existente en Suárez Montejo para agosto de 1950, en que ocurrió el ilícito que revela una normalidad absoluta de sus facultades mentales con el que prevalece en la actualidad".

"De la lectura cuidadosa de la versión de los hechos dada por Suárez Montejo, se deduce que para aquella época su estado mental era lúcido y gozaba de aparente normalidad, ya que lo dicho y lo aseverado por los testigos concuerda en absoluto, sin dejar traslucir contradicciones, incoherencias, fabulaciones o cualquier otro signo de anormalidad psíquica, en tanto que en la actualidad denota un trastorno completo de su campo cerebral".

"**Conclusiones:** En nuestro concepto, Suárez Montejo, para la época de los hechos gozaba de un estado mental aparentemente normal, y que sólo la pasión de los celos en un momento de psicosis transitoria motivada por intoxicación alcohólica aguda fueron los factores determinantes del ilícito cometido. En cuanto a su estado psíquico actual, sufre trastornos que lo incapacitan en absoluto para hacer vida en sociedad, y lo eximen por lo tanto de toda responsabilidad civil o penal. Debería someterse a tratamiento".

Auto de proceder

El diez de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, el Juzgado Primero Superior calificó el mérito del sumario, llamó a responder en juicio a Antonio Suárez Montejo, "por un homicidio elevado a la categoría de asesinato, por haber obrado con insidia y con alevosía", pero en dicha providencia se expresó:

"El examen psiquiátrico practicado al encausado, no es suficiente para ubicarlo dentro de las situaciones contempladas en el artículo 29 del

C. P.; pero sí exige, que dentro del plenario se practique un nuevo reconocimiento a fin de que en la sentencia con los elementos de convicción necesarios, pueda el Juez definitivamente decidir sobre la personalidad del agente".

El Tribunal —providencia de dos de agosto de mil novecientos cincuenta y uno—, al confirmar el auto de proceder, dijo:

"Fue sometido el procesado a un examen de los médicos legistas sobre su estado mental y el Juzgado, en la providencia que se estudia resuelve que en plenario se practique un nuevo reconocimiento a fin de que el Juez pueda resolver en definitiva a la hora de la sentencia lo concerniente sobre la personalidad del encausado. Indudablemente el Juez a quo tiene toda la razón porque el estudio médico que se hace del encausado revela alguna anomalía que es preciso dejar plenamente establecida durante el plenario para poder obrar con mayor acierto, cuando se presente la oportunidad legal....."

En el juicio se omitió practicar la prueba ordenada tanto por el Juzgado como por el Tribunal y a los Jueces de conciencia no se les formuló ninguna pregunta relativa al estado de enajenación mental, o intoxicación crónica producida por el alcohol, o al de grave anomalía psíquica, modalidades contempladas en el concepto médico-legal.

Se preguntó al Jurado si Antonio Suárez Montejo "era responsable de haber ocasionado la muerte con intención de matar" y si el hecho se había cometido con insidia, alevosía y sevicia.

La respuesta del Juri fue:

"Sí, sin sevicia y en estado de intenso dolor".

En desarrollo de este veredicto, se condenó al acusado a la pena principal de quince años de presidio.

Demanda

Se impugna la sentencia por las causales cuarta y séptima del artículo 567 del Código de Procedimento Penal.

Causal cuarta.

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Las razones que sirven de base para impugnar la sentencia son dos:

a)—Falta de nombramiento de curador para que lo asista en la defensa. Nombramiento que debió efectuarse cuando se produjo el concepto médico-legal, porque "suspendida la capacidad jurídica de la persona, mal puede notificársele con eficacia legal un auto de llamamiento a juicio penal".

"En este sentido —dice el recurrente— el proceso está afectado de nulidad constitucional por violación del derecho de defensa del procesado y para amparo de la norma constitucional (Art. 26) debe anularse desde la fecha en que se produjo el concepto médico-legal o en subsidio desde el auto de proceder cuya notificación no ha sido oída válidamente por el procesado ya que siendo incapaz por loco, no puede sin asistencia trabar una relación jurídica de la importancia del proceso penal". Y,

b)—No haberse practicado la prueba médico legal ordenada tanto por el Juzgado como por el Tribunal, para saber si en realidad Suárez Montejo es persona normal o anormal, o simplemente un simulador.

"El hecho de que el Ministerio Público —dice el demandante—ni las partes no hubieran pedido la apertura a prueba, no inhibía al Juez para hacerlo, puesto que sobre él gravitaba la orden superior y el mandato del artículo 448 del C. de P. P., según el cual el Juez puede oficiosamente abrir el juicio a prueba....."

Y posteriormente afirma:

".....no es el hecho simple de que el Juez no haya abierto oficiosamente la causa a prueba lo que ha cercenado la garantía constitucional de defensa que asiste a mi representado sino la circunstancia particular de que el Tribunal al advertir que debía oirse el dictamen de los médicos legistas, impuso para este caso la obligación de recibir la causa a pruebas (sic) y de practicar específicamente esa".

En síntesis, el pensamiento del recurrente puede resumirse así:

La omisión de estos requisitos, nombramiento de curador y práctica de pruebas ordenadas por el Tribunal en el auto de proceder, conducen a la violación del artículo 26 de la Carta, que configura una nulidad de orden constitucional.

Se considera:

La ley de procedimento penal en ninguna de sus disposiciones establece el nombramiento de curador para intervenir en los procesos que se siguen a personas que se hallan catalogadas en la disposición del artículo 29 del Código Penal, o sea, aquéllas que padecen enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o de grave

anomalía psíquica. En cambio, sí exige nombramiento de curador para las personas menores de diez y ocho años que incurran en alguna de las infracciones previstas en la ley penal, —artículo 30—. Lo primero, no es motivo de nulidad; lo segundo, puede en determinados casos, ser causal de nulidad.

Para las personas a que hace referencia el artículo 29 de la ley sustantiva, es imperativo el nombramiento de apoderado o defensor, al tenor de lo dispuesto por los artículos 104, 357 y 432 del Código de Procedimiento Penal. El primero —apoderado— para lo que lo asista desde el momento en que se le recibe indagatoria hasta el auto de proceder; el segundo, —defensor— para que lleve su personería en el juicio. Para los menores de edad, la ley dispone el nombramiento de un curador desde el acto de la indagatoria hasta la terminación del juicio (Arts. 104 y 349 del C. de P. P.)

Así pues, ni la ley sustantiva ni la procedimental, contienen disposición alguna que haga imperativo el nombramiento de curador para asistir a las personas que se hallen catalogadas en alguna de las modalidades del artículo 29 del Código Penal. El nombramiento de curador sólo es necesario para los menores de diez y ocho años cuando carecen de representante legal y la designación de apoderado se hace para todas las personas mayores de edad sean normales o nó. La omisión —nombramiento de curador para el primer caso, personas mayores de edad— no está erigida por la ley en causal de nulidad ni en el contenido de las disposiciones de los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal ni en las normas del artículo 26 de la Constitución Nacional. En otros términos, no hay nulidad, ni legal ni constitucional, por no haberse designado curador para que asista a la persona mayor de edad, comprendida en alguna de las modalidades del artículo 29 del Código Penal.

Complementada la personería del procesado por el nombramiento de apoderado o defensor, se llena la exigencia legal en relación con la capacidad jurídico-penal que debe tener la persona que por cualquier causa se halla sindicada por la comisión de un delito. El apoderado como el curador son representantes del sindicado o del menor y concurren a todos los actos procesales en que su presencia es indispensable para cumplir los mandatos legales. En lo penal, el curador no es guardador de bienes, sino un defensor o apoderado del menor; por esto es, por lo que, la posesión puede llevarse a efecto sin discernimiento previo de la curaduría. Si el curador se diera para la guarda de bienes del menor, posiblemente la tesis del demandante tendría algún fundamento.

"En tales condiciones —dice la Procuraduría— el solo nombramiento o designación del defensor para que asista al acusado (Art. 432 del C. de P. P.) es suficiente para garantizar los derechos del mismo sin que pueda concluirse que se hayan violado las normas propias del juicio o que se le haya dejado sin defensa requerida, pues ciertamente esos y no otros para el caso de estudio venían a ser los requisitos exigidos por el invocado artículo 26 de la Constitución Nacional".

En consecuencia, este cargo no prospera.

Cargo segundo

No haberse practicado la prueba médico legal sobre la personalidad del acusado, ordenada tanto por el Juzgado como por el Tribunal.

Al referirse a este motivo, dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"En este punto o cargo de la demanda, el señor apoderado tiene razón cuando insiste en que se pretermitieron formalidades propias del juicio, como en realidad sucedió con el auto de apertura o prueba y con la que se hallaban pendiente según el auto de proceder ejecutoriado. Así, se pasó por alto el mandato especial citado del artículo 446 del C. de P. P. y se puso además al encausado en una situación de inferioridad respecto de la real situación psíquica que hubiera tenido en el momento de ejecutar el delito y de la que presentaba al juzgársele, que pudiera arrojar luces eficaces sobre la sanción aplicable y sobre las mismas modalidades respecto de las cuales se pronunció el Jurado de conciencia".

Posteriormente expresa:

"....el señor apoderado está en lo cierto cuando considera que se han violado derechos claros de la defensa al no haber logrado practicar el examen médico-legal ordenado en el auto de proceder como base firme para presentar en la audiencia la orientación mas precisa sobre las condiciones en que pudo cometer el hecho el procesado Suárez y sobre su estado psíquico al proferirse el veredicto y el consiguiente fallo condenatorio, lo que ciertamente hubieran podido ser diferentes al tomar los Jueces de hecho un fundamento preciso respecto de la responsabilidad sobre la cual conceptuaban después de las deliberaciones e ilustración adquirida en las audiencias."

Finalmente su pensamiento en torno a la nulidad invocada, lo concreta así:

"……una actuación procesal que pretermita esas oportunidades de defensa en punto tan capital como es el estudio de la personalidad y las condiciones en que cometió o pudo cometer el delito y sobre el estado actual o en el momento del juzgamiento de sus facultades mentales, viene a quedar afectada de nulidad y por tanto acarrea la aplicación de la causal invocada respecto del fallo, por haberse pronunciado en un juicio afectado de nulidad".

Se observa:

Determinar si la persona sindicada por la comisión de un delito es normal o anormal, constituye para el derecho y para la justicia penal el punto básico sobre el cual giran el proceso y sus consecuencias. Cuando se trata de persona normal determinada y reconocida la responsabilidad se imponen penas privativas de la libertad; pero cuando son anormales determinada la responsabilidad legal social, se imponen medidas de seguridad en vez de penas.

La personalidad del procesado y las condiciones que la caracterizan, deben investigarse en el sumario según los dispone el artículo 294 numeral 5º, 374 y 375 del Código de Procedimiento Penal. Cuando el sindicado presenta indicios de enajenación mental, intoxicación crónica o grave anomalía psíquica, es deber del funcionario someter al acusado a la observación inmediata de facultativos para que dictaminen sobre la clase de anormalidad, concepto que debe tenerse en cuenta al calificar el mérito del sumario.

Cuando el examen psíquico-somático es deficiente por no tener conclusiones claras y precisas para determinar la personalidad del sindicado, y cuando en el auto de proceder se expresa que "dentro del plenario se practique un nuevo reconocimiento a fin de que en la sentencia con los elementos de convicción necesarios, pueda el Juez en definitiva decidir sobre la personalidad del agente", es porque no hay un criterio cierto y evidente de que la persona a quien se llama a responder en juicio está en ejercicio pleno de sus facultades mentales. Por esto es por lo que el Tribunal al confirmar el auto de proceder, dice:

"…….el Juez a-quo tiene toda la razón porque el estudio médico que se hace del encausado revela alguna anomalía que es preciso dejar plenamente establecida durante el plenario para poder obrar con mayor acierto cuando se presente la oportunidad legal".

El dictamen médico legal, examen psíquico somático, a que hace referencia el auto de proceder y la providencia que lo confirma, debía cumplirse en la tramitación de la causa. La iniciativa de al prueba podía surgir del sindicado, o de su representante legal; pero la ausencia de petición no eximía al funcionario de la obligación de practicarla (Art. 446 del C. de P. P.).

Condenar a una persona sin proporcionarle todos los medios de defensa establecidos en la ley, no sólo es violatorio de las normas procedimentales, sino de principios constitucionales que consagran normas eficaces en defensa de los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución garantiza que nadie puede ser condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, y entre esa plenitud de garantías nada más importante que la referente a pruebas que van a demostrar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, o aquellas que por imperativo legal —orden del Juez— deben practicarse para saber a ciencia cierta si la persona —sujeto de proceso— es normal o nó. La omisión de estas formalidades engendra un vicio sustancial en el proceso.

La nulidad en este caso no depende de la violación de los artículos 198 y 199 del C. de P. P. que señalan las más frecuentes en los procesos penales, sino del quebrantamiento de una norma de superior jerarquía como es el artículo 26 de la Constitución Nacional; declaración que no está condicionada a la voluntad de las partes, pues su reconocimiento lo hace el Juez de manera oficiosa, cuando advierte su presencia en cualquier estado del proceso.

"Cuando el proceso ya ha salido del estado de sumario —ha dicho la Corte— por auto firme de proceder, no le toca al Juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas en pro ni en contra del reo. El enjuiciamiento es el pliego de cargos que el poder social formula contra él, y en esta nueva etapa del proceso, que es el juicio propiamente dicho, entran el reo y su defensa a proponer y demostrar los descargos. Es claro que el Juez de la causa y sus auxiliares deben facilitar con la mayor amplitud al procesado todos los medios normalmente útiles para desvanecer la imputación materia del proceso o reducirla a sus justos límites. Pero el juzgador, en esta segunda etapa, y salvo el poder discrecional que el Juez Superior tiene en las audiencias guarda más bien una actitud de expectativa dirigiendo el debate proba-

torio entre el Ministerio Público y la defensa, actitud necesariamente diversa de la acuciosa que el investigador asume durante el sumario, cuando su oficiosidad está obligada aún a suplir la inercia del sindicado para defenderse."

"Sin embargo, tal actitud imparcial y de expectativa del Juez durante la causa, no lo exime del deber legal de hacer efectiva la práctica de las pruebas que se le solicitan. Rehusarla arbitrariamente equivaldría a denegación de justicia y la sentencia dictada en un juicio que adoleciera de esta irregularidad, sería un fallo proferido sin las garantías reconocidas por la Constitución Nacional (artículo 22 hoy 26). (Casación de 16 de febrero de 1942 G. J. Tomo LII número 1978 página Nº 454)".

Esta doctrina ha sido ratificada por la Corte con las naturales aclaraciones de que el Juez no asume una actitud pasiva frente al proceso, sino que puede tomar la iniciativa en materia de prueba como lo expresa la sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, que dice:

"Uno de los fines específicos del proceso penal, es el de establecer la verdad material histórica o efectiva de los hechos punibles. Y esa investigación domina a través de todo el negocio, en sus dos fases correspondientes al sumario y al juicio. En lo primero, es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del Ministerio Público. En el juicio, la iniciativa principal se le asigna a las partes, pero sin que cese la obligación del Juez de velar por los objetivos de la investigación y de tutelarle a cada una de ellas sus respectivos derechos. Por eso, durante el debate, el Juez puede decretar oficiosamente pruebas conducentes al "esclarecimiento de los hechos" (Artículos 450 y 427 del C. de P. P.) y debe ordenar y llevar a término sin demora, aquellas que le pidan las personas que intervienen en el proceso (Artículos 447, 450 y 451 ibidem)."

Estas razones justifican la causal alegada.

Causal séptima

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

La Sala prescinde de hacer estudio especial de esta causal, pues admitida la cuarta, es innecesaria la consideración de aquélla; así lo determina el artículo 538 del Código Judicial aplicable al caso, y procede, en consecuencia, a dar aplicación al contenido del artículo 570 letra b) del Código de Procedimiento Penal.

Fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, y en su lugar, DECLARA NULO lo actuado en este proceso a partir del auto de cinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, inclusive, a fin de que se reponga el procedimiento de allí en adelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

INCORRECCIONES EN EL USO DEL LENGUAJE EN LAS RESPUESTAS DEL JURADO.—TECNICA DE CASACION

1.—Ya es un lugar común, no por repetido menos digno de ser declarado diariamente, que la demanda de casación debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio y una precisa solicitud. Y el presentar soluciones alternativas sugiere la sospecha de que no hay seguridad en la tesis jurídica que se propugna, o que el problema quedó mal propuesto.

2.—Si es innegable que en el uso del lenguaje se le escapan incorrecciones aún a los doctos, no existe razón para exigirle a los miembros del Tribunal del Pueblo un purítanismo acabado y que acomoden los términos de los veredictos a su exacta traducción lexicográfica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

A ocho años de presidio —como sanción privativa de la libertad— fue condenado Pedro Enrique Vásquez, a quien el Jurado, reunido en audiencia pública el 12 de febrero de 1954, declaró responsable de haberle dado muerte a Arturo Vargas —por medio de un disparo de revólver— en las horas del medio día del mes de junio de 1952, en el café denominado "Agualongo" de la ciudad de Pasto.

Esa pena mínima la dedujo el Juez del conocimiento (Primero Superior de la capital del Departamento de Nariño) del artículo 362 del C. P., y la aprobó el Tribunal respectivo en sentencia de 23 de octubre del año próximo pasado, porque consideró que correspondía a la siguiente respuesta que los jueces de conciencia le dieron a la única pregunta formulada sobre el hecho que se acaba de sintetizar, cometido con el propósito de ocasionar la muerte:

"Si es responsable, aunque instado por Vargas".

Corresponde ahora examinar la demanda de casación presentada contra aquel fallo por el defensor del procesado, quien lo acusa de no estar de acuerdo con el veredicto (causal 3ª del art. 567 del C. de P. P.) y de haber aplicado en forma indebida el artículo 362 del estatuto punitivo (causal 1ª de la citada disposición procedimental). Y la Sala procede al estudio que le incumbe, previas las anotaciones que en seguida se enumeran:

1ª—Por motivos que no vienen a cuento, entre Pedro Enrique Vásquez y Arturo Vargas existía una enemistad, la que encontró ocasión propicia para manifestarse cuando ambos se vieron en el café "Agualongo". Allí, el primero aludió al segundo con palabras lesivas del honor, pronunciadas en voz alta, y en momentos en que el ofendido contestó al ultraje con una bofetada, el agresor disparó contra él su revólver ocasionándole la muerte inmediata;

2ª—En la indagatoria, dijo Pedro Enrique Vásquez que él le hizo el disparo a Vargas "en defensa de su vida y porque se le había ultrajado";

3ª—El Juez Primero Superior de Pasto llamó a responder en juicio criminal a Pedro Enrique Vásquez como responsable de este hecho, considerado en el auto como "homicidio simplemente voluntario o intencional, desprovisto de circunstancias modificadoras del delito";

4ª—Durante el debate público, el defensor sostuvo ahincadamente la tesis del homicidio de ímpetu (caso del artículo 28 del C. P.), solicitando del Jurado esta respuesta: que su defendido procedió "en estado de ira y de intenso dolor causados por grave e injusta provocación";

5ª—El Juez, en presencia del veredicto ya reproducido, estimó que la expresión "aunque instado por Vargas" era anodina y, por lo mismo, no podía entenderse como modificadora del delito, e impuso la pena atinente al homicidio planteado en el auto de proceder; y

6ª—El Tribunal Superior de Pasto, por su parte, calificó de "inocua" la adición a la respuesta afirmativa del Juri, y estuvo de acuerdo en lo resuelto por el funcionario de primera instancia, tanto en lo relativo al criterio empleado para

interpretar el veredicto, como en lo atañedero a la individualización de la pena.

La Demanda

Toda la argumentación del recurrente se desenvuelve sobre un mismo tema y gira, desde el principio al fin, alrededor de la frase colocada inmediatamente después del "sí" y a la cual, en su sentir, no puede negársele su calidad de complementaria. Porque según el autor del libelo, ella denota, de conformidad con el significado gramatical del verbo **instar**, que Vargas "insistió, urgió a Vásquez" (sic) "para que lo matara". Luego los juzgadores debieron reconocer que el homicidio que respecto de Vásquez predicó el Jurado es el que contempla el artículo 368 del C. P. (homicidio consentido) o declarar, a falta de la prueba que le diera asidero a esa modalidad, "contraevidente" (sic) el veredicto.

Esta es una faz del problema pero no la única. Porque para el demandante tanto se presta el veredicto para reputar el delito como consentido por la víctima, como para situarlo dentro del art. 367 ibídem, cuyo encabezamiento es de este tenor: "El que eficazmente induzca a otro al suicidio....."

Sostiene pues, el demandante que si **instar** quiere decir "repetir la súplica o insistir en ella con ahínco, apretar o urgir la pronta ejecución de una cosa", el veredicto debe entenderse en armonía con su literal significado, y así, no puede tenerse como 'inocuo' el agregado que complementa la afirmación, conforme a la cual, tomada en su integridad, debió aplicarse el artículo 367 o el 368 del C. P., mas de ningún modo el 362 ibídem.

Tal es el resumen de la sustentación de las dos causales alegadas.

Réplica del Ministerio Público.

Con el fin de buscarle su verdadero sentido a lo expresado por los jueces de conciencia, el Sr. Procurador Primero Delegado en lo Penal acude, luego de recapitular metódica y ordenadamente la actuación procesal y de demostrar por qué no puede colegirse que la respuesta ya conocida contiene un delito de ímpetu (art. 28), tesis que sí sostuvo el defensor en la audiencia pública no la adujo al recurrir en casación, a lo declarado por los testigos presenciales (Luis Eduardo Mejía, Cecilio Arturo, Luis Pantoja y Manuel Estrella) quienes informan detalladamente acerca de la realización del hecho. De lo expuesto por ellos, infiere que el Jurado, lejos de reconocer en favor del acusado ninguna situación especialmente favorable, por un "amaneramiento terminológico", quiso significar que Vásquez cometió el homicidio en el acto de ser provocado por su víctima. Simplemente provocado pero no injustamente, ni hallándose el victimario en estado de ira o intenso dolor. Lo que lo conduce a declarar infundada la demanda y a solicitar que no se case la sentencia materia del recurso extraordinario de casación, por no haberse probado ninguna de las dos causales que invocó el recurrente.

Apreciaciones de la Sala

Ya es un lugar común, no por repetido menos digno de ser declarado diariamente, que la demanda de casación debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio y una precisa solicitud. Y el presentar soluciones alternativas sugiere la sospecha de que no hay seguridad en la tesis jurídica que se propugna, o que el problema quedó mal propuesto.

En el caso que se analiza el demandante debilita en forma muy notable su primera proposición (muerte consentida por la víctima) al plantear la segunda, o sea, la de que Vásquez indujo a Vargas al suicidio.

Se induce a alguien a que ejecute algo cuando se le persuade, cuando se le mueve a realizarlo; y se suicida quien voluntariamente se quita la vida. Luego al admitir la hipótesis del autor de la demanda se estaría diciendo que **instar** equivale a inducir y que así, cuando una persona le insta a otra para que le dé muerte, no está haciendo cosa distinta que suicidándose, o que el sujeto "instado", al aceptar el ruego, induce al suicidio al que sufre la muerte. Como se vé, el resultado a que se llega con semejante razonamiento es de todo punto absurdo.

La noción del homicidio consentido, llamado también piadoso o por piedad, es clara y surge de manera natural del hecho definido. No se requiere —ni ha requerido de parte de los expositores— esfuerzo alguno para fijar la idea acerca de esta forma de delito que no figuraba en la anterior legislación penal y que bien puede decirse que es nueva, no en cuanto a que antes no se hubiera practicado, sino en lo que concierne a su inclusión en los modernos códigos penales.

Basta el simple enunciado para que la mente

se entere de cómo ocurre el delito de quien imposibilitado para suprimirse la vida por sí mismo, o bien por cobardía física, le pide a otro, generalmente un allegado o su más amigo, que lo haga por él, o se limite a consentir en la que ese otro le propone en vista de su estado de desesperación o de una enfermedad penosa o incurable. Por eso se le ha llamado piadoso a este homicidio y "eutanasia" a la muerte lograda mediante un procedimiento benigno que libre al paciente de insufribles dolores.

¿Y puede preguntarse ahora qué de común hay entre esta situación someramente descrita y el lance personal ocurrido en el café "Agualongo" de Pasto el 2 de junio de 1952? ¿Es posible suponer, siquiera imaginar, que al darle Vargas una guantada a Vásquez, a raíz de haberle éste ofendido el honor de sus progenitores, le estuviera pidiendo en forma suplicante que le diera muerte? ¿Se encuentra alguna correspondencia entre devolver una ofensa o trabar una riña a consecuencia de la cual sobreviene el fallecimiento de uno de los combatientes, y rogarle el agredido al agresor que le dé muerte? Si ninguna existe, como bien se comprende, entonces ¿en qué puede apoyarse un entendimiento tan forzado del veredicto, y no sólo forzado sino artificioso, para atribuirle a los jueces de conciencia una determinación apartada por completo de la realidad de los hechos y tan distante de las condiciones anímicas de los dos protagonistas?

Tanto el Juez como el Tribunal y el Ministerio Público de la segunda instancia y la Procuraduría (en el recurso extraordinario), han comprendido que la frase "aunque instado por Vargas" no juega papel alguno decisivo en el contenido de la respuesta. Sólo que esa expresión ha sido calificada con diferentes epítetos. Para el Juez es "anodina", mientras que para el Tribunal es "inocua", y así mismo la bautiza el recurrente aunquando sea para combatir el raciocinio del juzgador.

Conviene, pues, ver las acepciones que el diccionario de la Academia les dá a esos calificativos.

Hay en todos los idiomas, por lo menos en los considerados como más ricos, un sinnúmero de palabras que se suelen usar indistintamente por creer que son sinónimas. Sin embargo, esa sinonimia no es —en muchas ocasiones— más que simple analogía o parecido, pero no identidad, valgan los siguientes ejemplos: inocuo, anodino, vano. La semejanza entre estos vocablos es evidente, pero no se deben emplear como sinónimos.

Porque inocuo es lo que no hace daño, anodino lo que es insignificante o insubstancial, y vano lo que carece de realidad o entidad. De manera que de un medicamente inofensivo se dirá que es inocuo; de un alegato sin substancia se podrá afirmar que es anodino; y de una expresión sin entidad o realidad, se dirá que es vana.

El Tribunal pretendió expresar que la frase "aunque instado" es vana, vacía, huera; pero empleó un vocablo distinto que no resulta propio para el concepto. Más acertado estuvo el Juez en la escogencia del adjetivo. Lo cual está indicando que en el uso del lenguaje se le escapan incorrecciones aún a los doctos, y que si esto es innegable, no existe razón para exigirle a los miembros del Tribunal del Pueblo un purismo acabado y que acomoden los términos de los veredictos a su exacta traducción lexicográfica, como pudiera pedirse en una reunión de filólogos.

Ellos, los jueces populares, afirmaron que Vásquez había procedido instado por Vargas. Había, por lo tanto, que desentrañar el sentido de esa locución, pero desde luego sin pensar el elemental contacto con la realidad y con los antecedentes procesales, que es como debe actuar el intérprete. Y entonces se tiene: a) que la defensa había solicitado una respuesta en donde quedara expresa la provocación de Vargas; y b) que en el veredicto se le atribuyó a éste el haber "instado" a Vásquez. De donde se colige que la intención del Jurado no fue otra que la de afirmar que Vargas provocó, pues instigar equivale a provocar o a incitar; y entre instar e instigar existe cierto fonetismo que permite llegar a esa conclusión, es decir, que cuando se dijo que Vargas había instado a Vásquez se quiso dar a entender que lo había instigado o provocado, resultado que se obtiene sin violentar la lógica ni contrariar la evidencia de los hechos. Mas como esta provocación no modifica el delito sino que obra como moderadora de la pena, el fallo que se pronunció en concordancia con estos principios no resulta impugnable.

Lo cual quiere decir que carecen de fundamento las causales invocadas. La tercera, por no advertirse desacuerdo entre el veredicto y la sentencia; igual suerte corre la primera, que queda —negada la anterior— desprovista de apoyo.

Decisión

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República

ca y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de su colaborador, Fiscal NO CASA la sentencia de 23 de octubre de 1954, del Tribunal Superior de Pasto, en la cual se confirmó la de primera instancia, que le impuso a Pedro Enrique Vásquez, como responsable de la muerte de Arturo Vargas, ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalvt. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

PREVARICATO. — COMETE EL DELITO DE PREVARICATO EL FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO QUE DETIENE, SIN RAZON NI DERECHO, A UNA PERSONA MOVIDO POR ODIO O VENGANZA HACIA ELLA

1.—El funcionario o empleado público que detiene, sin razón ni derecho, a una persona movido por odio o venganza hacia ella, prevarica, porque, además de que impone su caprichosa voluntad, desahoga un sentimiento rencoroso que lesiona la honesta y ordenada actividad funcional y los intereses de la justicia. En este caso, no sólo se quebranta el bien jurídico de la libertad, sino otro de superior jerarquía atinente al correcto funcionamiento de la administración pública. Este último bien —de mayor entidad— prevalece para tipificar el delito como prevaricato, en vez de detención arbitraria.

2.—En el prevaricato (art. 168 C. P.) la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, ha de ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. Vale decir, que entre lo decidido por el funcionario o empleado público y lo mandado por la ley para el hecho concreto, haya una oposición evidente e inequívoca: el responsable hace lo que el derecho positivo veda, u omite lo que éste le ordena realizar.

Por el aspecto de la acción psíquica, el prevaricador debe obrar con conocimiento pleno (a sabiendas) de que su acto oficial es contrario a la ley y conlleva una injusticia, y además, con la dañada inclinación de favorecer o de perjudicar a alguien, por simpatía o por animadversión. Si no concurren estos factores espirituales y el incriminado actúa de buena fe, en el convencimiento de que interpreta rectamente la ley, el prevaricato se excluye, aun cuando la aplicación del derecho sea equivocada. Hay entonces una falla del buen criterio jurídico, de que no es responsable quien cayó en el error. Cabalmente, en previsión de la falibilidad humana, se han instituido los recursos contra las providencias de los funcionarios públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

Por un presunto delito de prevaricato, se inició este sumario contra el Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla, doctor Enrique Martínez Martínez, a virtud de queja formulada por el Jefe Seccional de Investigación Criminal de esa ciudad, quien puntualizó el hecho así:

"En forma arbitraria dictó auto de detención contra mí, por no haber cumplido la orden que me dió de entregar un automóvil que no estaba bajo mi cuidado y responsabilidad".

Ocurrió lo siguiente:

Al citado Juez 3º Penal del Circuito le correspondió conocer del proceso contra Carlos A. Zambrano por hurto de varios accesorios de un automóvil pertenecientes a E. Teddy Kohn B. Al propio tiempo, en el Juzgado 8º Nacional de Policía de Barranquilla cursaba un sumario por atraco contra Alfonso Dávila Durán y Manuel Padilla Medina. En este último negocio aparecía retenido, en los patios de la Seccional de Investigación, el mismo vehículo del señor Kohn B., hecho ignorado en un principio por el Juez 3º Penal.

Con fecha 14 de junio de 1951 y en el sumario contra Zambrano, el Juez dirigió un oficio al Jefe de la Sección de Investigación y Extranjería, solicitándole que pusiera dicho carro a órdenes de este Despacho".

Cinco días después (el 19 de junio), el Jefe de la Seguridad, señor Ignacio Calderón Durán, dio respuesta al oficio anterior, en los términos que se copian:

"Señor Juez 3º del Circuito en lo Penal. — E. S. D.—Ref. Su oficio número 821.—Al avisar recibo de su atento oficio de la referencia me permito significarle que en poder de esta Seccional se encuentra el carro placa 6458 de 1950 y que des-

de la fecha ponga a órdenes de usted. De conformidad con lo manifestado al Sr. Teddy Kohn, dueño de dicho vehículo, esta Jefatura dispuso su reparación a fin de conservarlo en la mejor forma, ya que el estado en que llegó a poder de esta Seccional era verdaderamente lamentable. El costo de esta reparación, según factura debidamente legalizada por el taller 'Vergara' de esta ciudad, asciende a la suma de $ 237.00 moneda corriente. Como estos gastos se hicieron con el fin de conservar este vehículo en la mejor forma para su entrega a quien comprobare ser dueño de él, estimo que el señor Teddy Kohn B. debe acercarse a esta Seccional para arreglar dicha cuenta y recibir su comprobante de reparación.—Del señor Juez atentamente (Fdo.) Ignacio Calderón Durán" (fs. 16 v.).

Vista tal comunicación, el Juez dictó el auto de fecha 21 de junio de 1951, en que dispuso solicitar del Jefe de Seguridad pusiera el carro a órdenes del Juzgado, "entregándolo al chofer Gilberto Espinosa". Así se lo comunicó al funcionario requerido en oficio número 866 del mismo 21 de junio (fs. 17), en el cual le advertía que el Juzgado era extraño al pago de las reparaciones, asunto que sólo incumbía al señor Kohn, dueño del carro.

Pero la entrega no se cumplió, pues el 23 de agosto de 1951, el propietario del automóvil pidió la intervención del Juez para recuperarlo. Al día siguiente, el Juez providenció en el sentido de ordenar la entrega del vehículo al señor Kohn, y haciendo presente que en el sumario contra Zambrano no había constancia de haberse autorizado reparaciones en el carro, ni existía tampoco precepto legal que permitiese "la retención por la Sección de Seguridad sobre la base de ese concepto (gastos de reparaciones)" (fs. 18).

Por otra parte, el Juez se dirigió al Gobernador del Departamento con fecha 30 de agosto de 1951, para informarle sobre la conducta rebelde del Jefe de la Seccional (fs. 18 v.). El Gobernador intervino en el asunto por medio del oficio número 9115, de fecha 7 de septiembre de 1951, dirigido al mencionado Jefe. Allí se le dice que "considera ese proceder como irregular e insólito, pues la retención del vehículo consistía solamente en averiguar si era fruto de un hurto y en ningún caso su Oficina podía usarlo ni menos ordenar reparaciones, pues tales procedimientos no los amparan nuestras leyes, todo lo contrario: éstas se oponen a su realización" (fs. 21).

Seguramente, debido a esta severa crítica del Gobernador, el Jefe dio respuesta al Juez con fecha 10 de septiembre de 1951, y le manifiesta que el automóvil "se encuentra a su disposición en los patios de esta Seccional, por lo tanto usted puede mandar en el momento y hora que lo desee, por el mencionado vehículo" (fs. 19).

En consecuencia, el Juez le dirigió a dicho funcionario el oficio número 1146 de 13 de septiembre de 1951, mediante el cual le solicitó "atentamente hacer entrega al señor Egon Teddy Kohn del automóvil" (fs. 19 v.).

Sin embargo, el 4 de octubre de 1951, el interesado Kohn se presentó al Juzgado y, bajo juramento, manifestó que el Jefe señor Calderón Durán le había expresado que no podía hacerle la entrega, porque el carro se hallaba "por cuenta de la Gobernación".

En la misma diligencia, el señor Kohn le pidió al Juzgado "que se resuelva lo conveniente a fin de que no se me siga perjudicando, como se me ha perjudicado de un bien que yo necesito en el ejercicio de mi profesión Contructor-contratista" (fs. 20).

El Juez, en auto de 5 de octubre de 1951, ordenó transcribir al Gobernador del Departamento la queja del señor Kohn, y pedirle certificado sobre si era cierto que el carro se hallaba bajo la dependencia de la Gobernación. (Fs. 20). Y el señor Gobernador contestó el 15 de octubre de 1951:

"Declaro que no es cierto que yo hubiera ordenado al señor doctor Ignacio Calderón Durán, Jefe de la Sección de Seguridad e Identificación, retener el automóvil marca 'Willys', modelo 1942, de propiedad del señor Egon Teddy Kohn. Manifiesto que tampoco es cierto que ese automóvil esté por cuenta de esta Gobernación". (Fs. 21).

Fue entonces cuando el señor Juez, doctor Martínez Martínez, dictó su providencia de fecha 22 de octubre de 1951, que principia así:

"En el curso de la redacción del presente proceso se han presentado hechos nuevos ligados a la cosa (automóvil) materia del ilícito originariamente investigado; y como tales hechos nuevos están previstos y prohibidos en la ley penal, es de fuerza que este Despacho amplíe la averiguación sumaria y se tomen las medidas consiguientes, conforme a los siguientes preceptos del Proceso Penal: artículo 16 —inciso segundo— 50 y 54 ibídem".

Después el Juez entra a puntualizar todo lo relacionado con la orden de entrega del automóvil y el comportamiento del Jefe de la Seccional en

ese sentido, y transcribe las pruebas recogidas durante el incidente. En la parte considerativa de la providencia sostiene que el Director de la Seguridad incurrió en los delitos de concusión, abuso de confianza y abuso de autoridad, conforme a los artículos 156, 412, 414 y 177 del Código Penal. En consecuencia, ordenó, entre otras cosas: 1º Extender la investigación de que venía conociendo por el delito de hurto a los nuevos ilícitos antes mencionados; y 2º Decretar la detención preventiva del señor Ignacio Calderón Durán, recibirle la indagatoria y "producir todas aquellas pruebas que tanto a favor como en contra del mismo fueren pertinentes". Para la efectividad de la captura, dispuso solicitar del Gobernador la suspensión del empleo desempeñado por Calderón. (Fs. 22 a 25 v.).

El señor Personero Municipal interpuso reposición contra ese auto, por cuanto, en su concepto, el Juez debió disponer que se averiguara por separado la responsabilidad del Jefe de la Seccional, ya que en el proceso contra Zambrano sólo cabía imponerle a dicho Jefe los apremios señalados en el artículo 188 del Código Judicial (Fs. 26).

A su vez, el Fiscal 1º del Tribunal Superior, a solicitud del señor Calderón Durán, examinó el sumario ameritado. Encontró que la providencia de detención preventiva estaba "extensamente motivada y llena de numerosas citas legales". Pero anotó lo siguiente: a) Que no era el caso de pedir la suspensión del sindicado, por ser miembro de la Policía y estar amparado por el artículo 7º de la Ley 108 de 1946; b) Que la investigación contra Calderón Durán ha debido seguirse separadamente "y no involucrarla en la que por un delito contra la propiedad adelanta el Juzgado contra otro sindicado, por hecho completamente distinto"; y c) Que hubiese sido más aconsejable indagar primero al sindicado antes de decretar su detención. (Fs. 27).

En el acta de visita, el Juez dejó esta constancia:

"Que no tengo ningún interés en el caso contemplado. Que tan sólo veo alarmado la ausencia de auxilio por los funcionarios encargados de auxiliar a la justicia; y que la investigación se ha extendido a esas otras infracciones porque el Juez considera que se está en presencia de conexidad formal y real". (Fs. 27 v.).

Ulteriormente, al resolver la reposición interpuesta por el Personero, el Juez estudió con amplitud las razones dadas por los dos Agentes del Ministerio Público (Personero y Fiscal), y reformó el análisis con transcripciones de doctrinas de la Corte. Terminó por mantener en firme la providencia recurrida, excepto en lo relativo a la fusión de las dos investigaciones, pues dispuso separar lo atinente a los cargos contra el señor Calderón Durán, y someterla a reparto, "a fin de que no pueda decirse que hay parcialidad por parte de este Juzgado". (Auto de 5 de noviembre de 1951. Fs. 28 a 32).

Las copias expedidas correspondieron al Fiscal del Juzgado 3º Superior, quien entonces era funcionario de instrucción. En auto de 18 de diciembre de 1951, la Fiscalía declaró nulo todo lo actuado por el Juez 3º Penal del Circuito, y sin efecto la orden de detención contra Calderón Durán. Además, dispuso practicar varias pruebas. El fundamento primordial de la nulidad lo consignó así el señor Fiscal:

"No existe auto cabeza de proceso por medio del cual se haya ordenado investigar hechos diferentes a lo relacionado con Carlos A. Zambrano y, por consecuencia, la actuación del señor Juez 3º del Circuito en lo Penal es nula de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional". (Fs. 34).

Pero agregó la Fiscalía: "En estas circunstancias, considerando que de parte del señor Ignacio Calderón Durán ha podido cometerse una infracción penal, abre la investigación correspondiente para establecer la verdad de los hechos denunciados", etc.

El Tribunal, de acuerdo con su colaborador, decidió favorablemente la situación jurídica del Juez doctor Martínez Martínez, en vista de que los hechos imputados no son constitutivos de delito alguno. Por eso, en sentencia de 10 de noviembre de 1953 —sometida a consulta—, ordenó cesar todo procedimiento con base en el artículo 153 de la Ley 94 de 1938.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal enfoca la conducta del doctor Martínez por dos aspectos: el prevaricato "fundado en animadversión contra el señor Ignacio Calderón Durán personalmente, o contra el Director o Jefe de la Oficina Seccional de Investigación Criminal y Extranjería, quienquiera (sic) que él fuese"; o el abuso de autoridad "proveniente de culpa, pues solamente puede atribuírse la actuación del señor Juez Martínez Martínez a un deficiente examen o estudio del expediente", ya que no tuvo en cuenta el oficio número 332, de fecha 21 de marzo de 1951, en que aparecía que el automóvil del señor Kohn estaba a órdenes del Juez 8º Nacional de Policía, y no del Jefe de la Seguridad, a

quien, por lo mismo, no debió pedirle la entrega del vehículo.

Respecto del prevaricato, el Procurador lo descarta, por no aparecer "claro el elemento esencial de la animadversión contra el señor Calderón Durán o el cargo (sic) de Director o Jefe de la Oficina Seccional... En resumen, no estima la Procuraduría que exista el dolo genérico suficiente (sic) para la infracción que se contempla".

Pero, en cambio, sostiene que hubo abuso de autoridad por la omisión expresada, y pide que se dicte auto de proceder contra el doctor Martínez por tal delito, previsto en el artículo 172 del Código Penal.

Se considera:

El funcionario o empleado público que detiene, sin razón ni derecho, a una persona movido por odio o venganza hacia ella, prevarica, porque, además de que impone su caprichosa voluntad, desahoga un sentimiento rencoroso que lesiona la honesta y ordenada actividad funcional y los intereses de la justicia. En este caso, no sólo se quebranta el bien jurídico de la libertad, sino otro de superior jerarquía atinente al correcto funcionamiento de la administración pública. Este último bien —de mayor entidad— prevalece para tipificar el delito como prevaricato, en vez de detención arbitraria.

En el prevaricato (artículo 168 C. P.) la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, ha de ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. Vale decir, que entre lo decidido por el funcionario o empleado público y lo mandado por la ley para el hecho concreto, haya una oposición evidente e inequívoca: el responsable hace lo que el derecho positivo veda, u omite lo que éste le ordena realizar.

Por el aspecto de la acción psíquica, el prevaricador debe obrar con conocimiento pleno (a sabiendas) de que su acto oficial es contrario a la ley y conlleva una injusticia, y además, con la dañada inclinación de favorecer o de perjudicar a alguien, por simpatía o por animadversión. Si no concurren estos factores espirituales y el incriminado actúa de buena fe, en el convencimiento de que interpreta rectamente la ley, el prevaricato se excluye, aun cuando la aplicación del derecho sea equivocada. Hay entonces una falla del buen criterio jurídico, de que no es responsable quien cayó en el error. Cabalmente, en previsión de la falibilidad humana, se han instituído los recursos contra las providencias de los funcionarios públicos.

Tanto en el auto de detención como en el que negó reponerlo, el Juez doctor Martínez Martínez hizo un razonado análisis y allí se palpa su certidumbre de estar aplicando honestamente la justicia a un caso que él consideraba como una burla para la misma, al no obedecerse las órdenes impartidas en el ejercicio de sus funciones. No sólo puntualizó en sus providencias las pruebas existentes en el sumario, sino que recurrió a citas legales, a exposiciones doctrinarias y a la jurisprudencia de la Corte para sustentar sus puntos de vista acerca de la conexidad y de la consumación de los delitos que creyó había cometido el Jefe de la Seguridad. Pudo ser equivocado ese juicio jurídico, pero no se descubre en él malicia alguna. Algún fundamento tuvo el Juez en sus apreciaciones, desde el momento en que el señor Fiscal del Juzgado 3º Superior de Barranquilla, luégo de declarar la nulidad de las diligencias cumplidas por aquél, ordenó abrir nueva investigación, por cuanto era posible que el señor Calderón hubiese incurrido en un ilícito.

Porque eso de que al Juez le estuviera repitiendo el funcionario requerido que el automóvil lo ponía a su disposición y que podía mandar por él "en el momento y la hora que lo desee"; y, sin embargo no cumplía la oferta y continuaba usando el carro en diligencias de la Seguridad, hasta el punto de que el propio Gobernador del Departamento censuró tan extraña actitud, llevó naturalmente al doctor Martínez a ver en esa conducta del señor Calderón una máxima desobediencia a los mandatos de la autoridad, que era preciso reprimir.

Es claro que en ese trance, el Juez ha podido sancionar correccionalmente al empleado rebelde, conforme al artículo 119, numeral 6º, del Código Judicial. Pero también podía prescindir de dicha medida y optar, como lo hizo, por la vía ordinaria, según autorización del artículo 312 de la Ley 4ª de 1913, que estatuye:

"Ningún empleado tiene obligación de imponer penas correccionales por desobediencia o irrespetos, pues en esos casos puede disponer que la falta se juzgue o castigue por la vía ordinaria".

De otro lado, hay ausencia absoluta de prueba sobre la animadversión del Juez acusado hacia el señor Calderón Durán. El doctor Martínez expresó en su indagatoria:

"No he tenido ninguna clase de relaciones con el señor Calderón Durán; ni siquiera lo conocía, y supe que existía al encargarme del Juzgado y en virtud del expediente en que tuve que actuar.

Las razones de animosidad no tienen asidero en ninguna circunstancia. De la misma manera declaro que tampoco conocía al señor Eggon Teddy Kohn; y el conocimiento que tuve de este señor fue por razón del sumario que se ha redactado en mi Juzgado". (Fs. 70).

El hecho de que el Juez Martínez hubiese acudido, por dos veces, al Gobernador cuando el Jefe de la Seguridad rehusaba hacer la entrega del automóvil, está indicando en aquél una conducta prudente y un deseo de evitar medidas drásticas, lo cual resulta incompatible con un estado de alma vengativo en contra del señor Calderón Durán. Y si a esto se agrega que el funcionario accedió a separar la investigación que le adelantaba al Jefe de la Seccional para que conociera otro Juez, debe concluírse que no hubo prevaricato por ausencia de dolo.

Tampoco existió detención arbitraria, por la obvia razón de que el mencionado Jefe no fue privado de su libertad y ni siquiera suspendido de su cargo.

Resta examinar la tesis del señor Procurador sobre llamamiento a juicio del doctor Martínez, por abuso de autoridad en su forma culposa.

El cargo consiste, como ya se vio, en que el Juez obró negligentemente al no haberse dado cuenta de que en el proceso por hurto contra Zambrano figuraba el oficio número 332, de fecha 21 de marzo de 1951, según el cual, el carro cuya entrega se le pidió al Jefe de la Seguridad, se hallaba a disposición del Juez 8º Nacional de Policía, a quien debió solicitársele.

Dicho documento dice así:

"Señor Inspector 4º de Policía Municipal.—E. S. D.—Su ordenación contenida en el oficio número 779 de fecha de ayer, puede hacerla al señor Juez Octavo Nacional de Policía, a órdenes de quien está el automóvil Sedán, color verde combinado, motor nuevo 442-87195, con placas números 6555, de cuatro puertas, y que se encuentra en el patio del edificio de esta Seccional. De usted, muy atte. (Fdo.), Rafael Adelmo Mora H., Engado. Subjefatura Sec. Inv. Criminal" (Fs. 52).

Es evidente que esta comunicación hacía parte del proceso contra Zambrano y se hallaba al folio 7, como se comprobó en la inspección ocular llevada a término en dicho negocio.

Pero también es un hecho indubitable que, con posterioridad a esa nota, aparecen los oficios número 860, de fecha 19 de junio de 1951, y número 2307, de 10 de septiembre del mismo año, dirigidos por el propio Jefe de la Seguridad, señor Calderón Durán, al Juez 3º Penal del Circuito.

En el primero él dice: "Me permito significarle **que en poder de esta Seccional se encuentra el carro placa 6458 de 1950 y que desde la fecha pongo a órdenes de usted".**

Y en el segundo oficio le manifiesta al Juez, en forma más terminante y clara, lo que sigue:

"...Me permito comunicar a usted que el carro marca **Willys**, modelo 1942, motor número 44. 287.195, placa 6458/50 de Barranquilla, y cinco puestos, **vehículo que es motivo de una investigación en ese Juzgado, se encuentra a su disposición en los patios de esta Seccional: por lo tanto usted puede mandar en el momento y hora que lo desee, por el mencionado vehículo**". (Ha subrayado la Corte).

Por consiguiente, si el 21 de marzo de 1951, el referido carro aparería figurando en el sumario que por atraco seguía el Juez 8º Nacional de Policía, esa situación desapareció con las dos comunicaciones ulteriores del Jefe de la Seguridad, mediante las cuales puso dicho vehículo a las órdenes del Juez 3º del Circuito con motivo del proceso que éste adelantaba por el hurto de varias piezas del automóvil. Y naturalmente, el funcionario acusado debía reclamárselo a la Seccional de Investigación, y no al Juez 8º de la Policía.

De ahí que el doctor Martínez diga con toda razón:

"En cuanto a la nota que se menciona de fecha marzo veintiuno, juzgo que no prueba nada para el caso que contemplamos, siendo así que por nota posterior número 860 y fechada de junio 19, el señor Ignacio Calderón Durán, en su carácter de Jefe de Seguridad, se confiesa tenedor del vehículo aludido reconociendo al señor Teddy Kohn en tal nota como dueño del carro. Para el Juzgado esta nota del señor Calderón Durán era y es prueba de los puntos que en la misma se expresa, teniendo el mérito de ser posterior a la referida nota de marzo veintiuno mencionada por el instructor". (Fs. 57 v.).

Dada la sencillez del asunto, no son necesarias más explicaciones para rechazar la culpa que invoca el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA la sentencia consultada del Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

LOS JUECES DE INSTRUCCION CRIMINAL NO PUEDEN PROMOVER NI ACEPTAR COLISION DE COMPETENCIAS

La colisión de competencias sólo puede suscitarse entre los funcionarios que son COMPETENTES para conocer del proceso, por la naturaleza del delito, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado.

En consecuencia, no pueden promover ni aceptar la colisión los Jueces de Instrucción Criminal, porque ellos apenas son auxiliares de la justicia represiva, y por lo mismo, carecen de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

La presente colisión negativa de competencias entre el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta y el Juez 21 de Instrucción Penal Militar está irregularmente planteada.

En efecto, dicho incidente sólo puede suscitarse entre los funcionarios que son competentes para conocer del proceso, por la naturaleza del delito, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado, conforme a los artículos 65, 67 y 68 del Código de Procedimiento Penal y 17 del Código de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, no pueden promover ni aceptar la colisión los Jueces de Instrucción Criminal, porque ellos apenas son auxiliares de la justicia represiva, y por lo mismo, carecen de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia.

Por lo tanto, en este sumario contra Manuel J. Gómez Arévalo por falsedad de documentos, la colisión de competencias debe suscitarse entre el Juez Segundo Superior de Cúcuta y el funcionario militar que pueda conocer de él. Y como ese procedimiento se ha omitido, la Corte dispone devolver el sumario al señor Juez 21 de Instrucción Penal Militar radicado en aquella ciudad para que el incidente se tramite en la forma indicada.

Cúmplase.

Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Como no aparece en los autos la plena comprobación exigida por el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal para que haya "cuerpo de delito" en el prevaricato, la Sala no prohija el parecer del Tribunal y de la Procuraduría delegada en el sentido de que en esta investigación, aún no cerrada, "sería el caso de dictar el correspondiente auto de proceder", pues ello equivale a un enjuiciamiento MORAL por el más grave de los cargos que contra un funcionario judicial pueden formularse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Santa Marta el proveído de fecha 22 de agosto de 1953, mediante el cual declara prescrita la acción penal en estas diligencias y ordena cesar todo procedimiento contra el sindicado en ellas, doctor Pedro Castro Traspalacios.

Hechos:

De autos aparece:

A—Que el 1º de julio de 1940, en el punto denominado "Sabana Alta" del Municipio de La Gloria (Magdalena), chocaron dos carros, uno de ellos manejado por Wilfred Smith, empleado de La South American Gulf Oil Company como conductor del vehículo; que de ese choque resultó herido con incapacidad de 25 a 30 días, desfiguración por cicatrices en el cuello y disminución de su capacidad de trabajo, el señor Miguel Quintero; y que en el proceso adelantado contra Smith por esa causa, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Río de Oro, a cargo entonces del Dr. Pedro Castro Traspalacios, condenó al procesado, en fallo de 15 de abril de 1941, a la pena de seis meses de arresto y, solidariamente con la South American Gulf, a pagarle a Blas Celano Grecco —como cesionario de los derechos de Miguel Quintero— la suma de $ 43.800.00 por concepto de perjuicios ocasionados con la infracción.

B—Que, con fecha 29 de mayo de 1941 y en escrito dirigido al Tribunal Superior de Santa Marta, el doctor Lázaro Díaz Granados afirmó lo que a continuación se transcribe:

"c)—En el expediente aparece un informe pericial con un pasaje tachado, el que probablemente podía establecer la competencia del juzgador. Dice así: "Los suscritos Miguel Barreto L. y Roberto Posada Vila —Certifican— Que han examinado en la fecha al señor Miguel Quintero y han encontrado que presenta sus heridas perfectamente cicatrizadas. Las pequeñas alteraciones que hoy presenta para el paso de los alimentos son de carácter puramente transitorio y desaparecerán en él (aquí hay varias palabras tachadas con tinta azul) quedando sin disminución alguna de su capacidad para el trabajo.

"b)—Hay una precipitación manifiesta en la actuación, pues el 26 de octubre de 1940 se dicta auto de proceder para calificar una investigación iniciada el 1º de julio del mismo año sin haber indagatoriado al sindicado; se llama, pues, a juicio, al sindicado por razón de diligencias iniciadas sólo tres meses antes sin aguardar a indagatoriarlo. Es de advertirse que el auto de proceder viene en seguida de desfijado un edicto emplazatorio que se fijó por cinco días para emplazar al sindicado.

"c)—El auto que ordenó correr traslado de los avalúos o dictámenes periciales sobre monto de perjuicios fue notificado al Gerente de la empresa por estado, el 6 de diciembre, a pesar de que el Gerente, que fue notificado por comisión librada a un Jefe de Policía de Bogotá, no se apersonó en el juicio sino el 17 del mismo diciembre. El dictamen en tales condiciones no pudo ser objetado por el Gerente que reside en Bogotá ni lo fue tampoco por el sindicado que no gestiona en el juicio sino que está representado por un defensor que le nombró el Juzgado, el doctor Urías Oyaga. Ese dictamen, que fija el monto de perjuicios en la suma de $ 43.800.00 rebasa los limi-

los de lo verosímil como que el perjuicio consistió en unas lesiones en el cuello, y según lo que ha quedado visible del dictamen médico que obra en autos "las pequeñas alteraciones" que presenta (el lesionado en la época del dictamen) "para el paso de los alimentos, son de carácter puramente transitorio y desaparecerán quedando sin disminución alguna de su capacidad para el trabajo".

"d)—El auto para pedir pruebas no se notificó nunca a la empresa y el auto de traslado de los dictámenes, según ya se ha dicho así como el que aprueba los mismos dictámenes y el que señala día para la celebración del juicio, fueron notificados a la empresa sólo por estado (Véase artículo 198 del Código de Procedimiento Penal sobre nulidad).

"e)—El pretendido derecho del lesionado fue cedido por éste, esto es, por Miguel Quintero, a Blas Celano, en un documento público —la escritura número 151 de 1940 de la Notaría del Circuito de Convención en la Provincia de Ocaña— digno de estudiarse por sugestiva y curiosa. Haré lo posible por obtener una copia auténtica de ese documento si ese despacho no la consigue antes.

"f)—Habiendo apelado el Gerente de la empresa el 5 de diciembre de 1940, del auto que admitió la demanda civil contra esta entidad, se le concedió la apelación por proveído del 25 de enero pero luego se declaró desierto el recurso **por no haber podido el Juzgado** sacar las copias conducentes.

"g)—El auto que declaró desierto el recurso de apelación de la empresa contra el proveído que admitió la acción civil contra ella dentro del proceso penal, fue sustituído por otro en que se expresó que el señor Cornel no podía interponer recurso por no ser personero de la empresa, no obstante haber sido dicho señor Cornel buscado por la propia justicia y notificado, como Gerente de la empresa.

"Todo lo relatado hasta aquí movió a la empresa a solicitar del Gobernador del Departamento un cambio de radicación del proceso con base en claras disposiciones legales.....Pero cuando la Gobernación solicitaba informes del señor Personero Municipal de Río de Oro, el Sr. Juez dictó el fallo de primera instancia con la monstruosa condenación de la empresa al pago de la suma mencionada arriba, lo que hizo nugatoria toda gestión de cambio de radicación. La empresa apeló de la sentencia y cuando pensó que el expediente estaría ya llegando a Santa Marta se entera de que el señor Juez había influído con el Administrador de Correos de Río de Oro para que no se diera curso al proceso, bajo pretexto de hacer una consulta al Ministerio de Correos o Comunicaciones sobre si el expediente, el original expediente criminal en que se había envuelto a una empresa no justificable penalmente, debía pagar portes o no. Demorado así el expediente y despreocupada la empresa apelante por considerar que se trataba de un expediente criminal en cuya carátula tuvo buen cuidado el Juzgado de no mencionar pago de porte a cargo de persona alguna, se hace requerimiento en el Juzgado mediante notificación en estado del 21 de mayo en curso, para que se pague el porte. Antes de completar los tres días hábiles siguientes al día 21, descontados dos días feriados, o sea el día 26 de mayo cursante a las 3 p. m., el Sr. Juez retiró el expediente del correo imposibilitando así el pago de los portes, pendiente aún el plazo legal para hacerlo.

"Ante procedimientos tan inusitados la empresa cree tener razón para temer que los oídos de la justicia en Río de Oro se cerrarán para ella al solicitar reposición o apelación de cualquier proveído adverso...." (3 a 6 Cuaderno 1), y

C «Que en el proceso seguido para averiguar los cargos contenidos en la anterior relación del doctor Díaz Granados, el Tribunal Superior de Santa Marta ya había declarado prescrita la acción penal y ordenado la cesación del procedimiento contra el doctor Castro Trespalacios, en providencia de fecha 9 de mayo de 1947 (208 a 229 Cuaderno 1) que la Corte revocó, en grado de apelación, el 24 de mayo de 1948 diciendo:

"a)—Los hechos imputados como delitos de abuso de autoridad y falsedad en documentos públicos no tienen existencia jurídica y no fueron cometidos por el ex-Juez Pedro Castro Trespalacios, por tanto, se ordena cesar todo procedimiento en su contra.

"b)—En relación con la imputación por la comisión de un delito de prevaricato consistente en haber condenado el ex-Juez Pedro Castro Trespalacios a la South American Gulf Oil Company a pagar por concepto de perjuicios causados por la infracción ejecutada por Wilfred Smith la suma de cuarenta y ocho mil ochocientos pesos ($ 48.800), se dispone continuar el proceso"; (20 y 21 Cuaderno 29).

Concepto de la Procuraduría

Dice el señor Procurador Primero Delegado —y en ello tiene razón— que "Por consiguiente,

corresponde solamente analizar el proceso en cuanto haga relación a los hechos que por prevaricato se investigaron contra el doctor Pedro Castro Trespalacios", y agrega:

"....como de lo actuado resultaría mérito suficiente para llamar a responder en juicio al Dr. Pedro Castro Trespalacios por el mencionado delito, sería el caso de proferir el auto de proceder correspondiente; pero como se observa que la acción penal se halla prescrita desde el 15 de abril de 1949, debe declararse cesado el procedimiento".

Solicita, además, se ordene investigar la demora injustificada de dos años, once meses y doce días, que resulta de autos.

Consideraciones de la Sala

Como lo observa acertadamente el Tribunal **a quo**, la responsabilidad del doctor Castro Trespalacios podría hacerse depender de las dos providencias que a continuación se relacionan y comentan:

I—Auto de 8 de febrero de 1941.

En proveído de 22 de enero de 1941, el Juzgado a cargo del funcionario acusado negó el recurso de reposición y concedió el subsidiario de apelación interpuesto contra la admisión de Miguel Quintero S. como parte civil en el proceso por lesiones a éste causadas por Wilfred Smith, empleado de la South American Gulf Oil Company, y ordenó se sacara la correspondiente copia en el término de cinco días por cuenta del interesado (51 Cuaderno de Copias); y por providencia de 31 de los mismos mes y año, a petición del apoderado de la Compañía, Doctor Hernán J. Arévalo, quien solicitó se expidiera copia de todo lo relacionado con la acción civil", se dispuso: "Expídanse las copias que sean conducentes y que a juicio del Juzgado sirvan para que el superior forme juicio. Las copias se sacarán gratis" (52 ibidem).

Fue entonces cuando se profirió el auto de 8 de febrero de 1941, donde se dijo: "Como las copias correspondientes a la apelación que interpuso el Sr. C. F. Cornell, no se sacaron en el término señalado en el auto que concedió la apelación, o sean en el término de cinco días, se declara desierto el recurso interpuesto y por tanto, no es el caso de enviar las copias al H. Tribunal Superior, quedando en firme los autos materia del recurso. Por otra parte, el Sr. Cornell no es apoderado judicial de la Gulf Oil Company y no puede por tanto interponer recursos" (52 ibidem).

Si al doctor Arévalo, como representante reconocido de la Gulf Oil Company, se le había concedido la expedición de las copias referentes al recurso con un lapso de cinco días, y si la providencia que así lo dispuso le fue notificada el 3 de febrero de 1941 (52 ibidem), resulta evidente que el referido auto de 8 del mismo mes en que se declaró desierta la apelación se dictó cuando aún no estaba vencido dicho término.

Sobre esta actuación el Tribunal dice:

"La Secretaría informa (f. 52) el 7 de febrero que en dicha fecha se terminaron las copias motivadas por la apelación del Dr. Arévalo.

"Aunque en este informe se especifica claramente que las copias se refieren a las relacionadas con la apelación del Dr. Arévalo y nada se dice sobre las pedidas directamente por el Gerente señor Cornell, pudiera llegarse a pensar que las aludidas copias sacadas por la Secretaría, después de los cinco días, se refieren a ambas apelaciones, pero aún así la demora en la expedición, ya por tardanza o descuido o exceso de trabajo en la Secretaría no puede atribuirse a falta de los apelantes, y entonces no deben sufrir las consecuencias de actuaciones ajenas o de la Secretaría. Por eso cuando el ex-Juez Castro Trespalacios dictó su auto de 8 de febrero de 1941 (f. 52 Cuad. copias) no fue justo, ni lo cumplió dentro de las normas racionales, porque si el tiempo no fue suficiente, debió ampliarlo, ya que las providencias judiciales se dictan en condiciones de que puedan cumplirse dentro de lo común y corriente; no se pueden exigir cosas imposibles sino las que están o puedan producirse dentro del sentido común. Además, los apelantes no tienen la menor culpa en la no expedición de las copias dentro de los cinco días. Si fue un error del Juzgado señalar un término muy corto, debió corregir ese error suyo. Si fue de la Secretaría, debió pedir explicaciones para no arrebatar un derecho que estaba reconocido.

"La falta del ex-Juez Castro Trespalacios está sancionada por el artículo 172 del Código Penal, o sea, con una multa de $ 10.00 a $ 300.00, porque no corrigió un error que perjudicó a los apelantes."

II—Sentencia del 15 de abril de 1941

El 10 de octubre de 1940 se admitió la demanda civil instaurada por Miguel A. Quintero S. contra la South American Gulf y contra Wilfred Smith,

y se ordenó "tramitarla conjuntamente con el proceso penal para fallarla en una misma sentencia" (25 Cuaderno de Copias); pero la Compañía no pudo hacerse presente en la actuación relacionada con la apertura a pruebas y el nombramiento de peritos para el avalúo de perjuicios, porque los autos que esto dispusieron le fueron notificados por estado al Gerente de aquélla con fecha 12 y 28 de noviembre de 1940 (17 ibidem), o sea con anterioridad a la notificación personal que del auto admisorio de Quintero como parte civil se le hizo al mismo interesado apenas el 4 de diciembre del mismo año (45 ibidem).

El Tribunal comenta:

"Se le privó a la Compañía del derecho de producir pruebas y de intervenir en la escogencia de peritos.

"La privación de estos dos derechos puede considerarse como la base principal de la condena, porque la Compañía pudo haber probado que el chofer señor Smith no tuvo culpa en el accidente y que el monto de los perjuicios no podía llegar a lo fijado por los peritos.

"Como la acción civil y la penal iban conjuntas o sea en una sola cuerda, los actos ejecutados por el ex-Juez Dr. Castro Trespalacios quedan comprendidos en el inciso 2º del art. 168 del Código Penal porque también se trata de sentencia en juicio criminal, ya que este es el fundamento de la condena de la expresada Compañía".

El aludido fallo no alcanzó a ser revisado por el Superior, pues el doctor Castro Trespalacios se abstuvo de ordenar su consulta por no exceder de un año la pena privativa de la libertad impuesta al inculpado (76 Cuaderno de Copias); y aunque contra él se le concedió recurso de apelación al doctor Hernán Arévalo, como apoderado de la South American Gulf (88 ibidem), se declaró ejecutoriado en auto de 27 de mayo de 1941, por no haber consignado el apelante, en las oficinas del correo nacional, el valor del porte para la remisión del expediente (71 ibidem.)

Al preguntársele al Juez incriminado, en la diligencia de indagatoria, "en virtud de qué disposición de orden legal fue condenada la Compañía a pagar como culpable en un proceso penal la suma de cuarenta y tres mil ochocientos pesos ($ 43.800.00)", contestó: "Cuando se presentó la demanda civil contra Wilfret (sic) Smith y la Compañía el Juzgado consideró al principio que contra la Compañía debería haberse iniciado una acción ordinaria pero se insistió que tratándose de un juicio penal contra un empleado de la Compañía ésta era también solidaria en el daño y perjuicio causado, en el fallo que se dictó que lleva fecha abril del cuarenta y uno están los fundamentos legales, especialmente aquellas (sic) que se refieren a la responsabilidad por los delitos y las culpas de que trata el Código Civil y la que se refiere el Código Penal de la misma materia; el Tribunal debe solicitar copia de ese fallo al Juzgado del Circuito de Río de Oro en donde debe estar" (190 v. Cuaderno 1).

La Corte no se halla de acuerdo con la apreciación de que los cargos referentes al auto de 8 de febrero de 1941, de una parte, y los relativos a la sentencia del 15 de abril del mismo año, de otra, estructuren ilícitos diversos. Ya en este mismo negocio se le había hecho al Tribunal observación semejante, cuando en la antes mencionada providencia de 24 de mayo de 1940 se dijo:

"El Tribunal considera como delito de abuso de autoridad el hecho de que el ex-Juez Castro Trespalacios permitía al Secretario del Juzgado hacer notificaciones al Gerente de la South American Oil Co., siendo evidente que dicha empresa en el proceso penal no estaba citada ni emplazada por los medios legales, circunstancia ésta que llevó al funcionario en ejercicio de sus funciones y excediéndose en ellas, a cometer un acto arbitrario o injusto.....

"Estima la Sala que esos hechos pueden ser elementos constitutivos del delito de prevaricato, y que ellos deben ser valorados por el Tribunal en el momento de decidir sobre la existencia o negación de este delito; separar uno de sus elementos y considerarlo independiente de toda la actuación que culminó con la sentencia de abril 15 de 1941 que condenó a la Compañía demandada a pagar la cantidad de $ 43.800 pesos por perjuicios materiales y morales, sería tanto como desvertebrar el sentido propio de la infracción....." (16 y 17 Cuaderno 2º).

Con lo expresado no quiere significarse que el doctor Castro Trespalacios cometiera precisamente el delito de prevaricato, pues del elemento "a sabiendas", constitutivo de esta infracción, no aparece en los autos la plena comprobación exigida por el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal para que haya "cuerpo de delito". Por esta misma razón la Sala no prohija el parecer del Tribunal y de la Procuraduría delegada en el sentido de que en esta investigación, aún no cerrada, "sería el caso de dictar el correspondiente auto de proceder", pues ello equivale a un enjuiciamiento **moral** por el más grave de los cargos que contra un funcionario judicial pue-

den formularse. Si la hipótesis más desfavorable al imputado se admite —y desde luego es admisible— es sólo para concluir que, habiéndose consumado el hecho investigado con fecha 15 de abril de 1941, aún así se ha cumplido con exceso el trascurso de tiempo que determina la prescripción de la acción.

El expediente sufrió demoras injustificadas desde el 1º de septiembre de 1948 hasta el 13 de agosto de 1951 (23 a 24 del Cuad. 2º. las cuales deben averiguarse, como lo pide el Ministerio Público.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada.

El Tribunal ordenará se expidan copias de lo pertinente, para que se investiguen, por quien corresponda, las demoras de que se ha hecho mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve, Conjuez. — **Domingo Sarasty Montenegro. Carlos Arturo Díaz**, Conjuez.—**Julio E. Argüello**, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS SURGIDA ENTRE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y LA JUSTICIA ORDINARIA, EN EL CONOCIMIENTO DE UN PROCESO SEGUIDO CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

1.—Conforme a los decretos 1814, 1897 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954, el juzgamiento de los miembros de la Policía por la Justicia Penal Militar sólo cabe a partir del 10 de julio de 1953, en que la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas, otorgándosele el correspondiente fuero, en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran dichos miembros.

2.—La Corte ha expresado: "que si cuando se expide la nueva regla procedimental ya se había dictado una providencia de primera instancia en el fondo del asunto, el juicio se sigue conforme a la ley vigente cuando el delito se cometió y ante los jueces establecidos entonces para su juzgamiento". (Auto de 18 de enero de 1955).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

VISTOS:

Subsanada la irregularidad que anotó la Corte en auto de fecha 20 de mayo último, procede este Despacho a dirimir la colisión positiva de competencias surgida entre el Juez Primero Superior de Pasto y el Juez de Primera Instancia de las Fuerzas de Policía-División Nariño, quienes se declaran competentes para conocer del presente negocio adelantado contra Máximo Feria Blanco y otros, por doble delito de homicidio.

Cuando el proceso se hallaba para audiencia pública, que debía realizarse el 15 de mayo de 1954, el señor Fiscal del Juzgado 1º Superior de Pasto, en escrito de día anterior, le planteó al Juez el tema de la competencia, por cuanto de los nueve enjuiciados, tres pertenecían a la Policía Rural del Departamento de Bolívar, cuatro a la Policía Nacional, y dos a la Policía Municipal; y entonces el conocimiento del asunto correspondía a la Justicia Penal Militar, según los Decretos 1814 y 2900 de 1953.

El Juzgado, en providencia de fecha 20 de mayo de 1954, rechazó la tesis de su colaborador y se declaró competente, porque "el doble homicidio que se ventila no fue ejecutado en conexión con otros hechos punibles de que conoce la justicia penal militar y de que trata la letra a) del artículo 139 del Decreto 2900 de 3 de noviembre de 1953"; y, además, "el homicidio en las personas de Ciodaro y Alvarado no se consumó como reacción contra los delitos de rebelión, sedición, asonada y asociación para delinquir."

Por su parte, el Juez de la Policía sostiene que el proceso corresponde a la Justicia Penal Militar, conforme a los Decretos 1814 y 1897 de 1953, que incorporaron las Policías Nacionales, Departamentales y Municipales a las Fuerzas Armadas, y cuyos miembros deben ser juzgados por las autoridades castrenses, en los términos de los artículos 1º y 12 del Decreto 1426 de 1954.

Se considera:

Los dos homicidios imputados a los agentes de la Policía ocurrieron cuando éstos iban a órdenes del Alcalde de Mompós y en persecución de unos individuos que viajaban por el río Magdalena en la lancha "Ciudad del Banco" con el fin de tomar unos pliegos electorales, el día seis de octubre de 1947.

El proceso fue radicado en el Distrito Judicial de Pasto, según Resolución Ejecutiva Nº 227 de 30 de diciembre del mismo año.

Con posterioridad a los hechos aquí investigados, se dictaron los Decretos Nº 1534 de nueve de mayo de 1950, y Nº 1231, de 1º de junio de 1951. El primero atribuyó a la Justicia Militar el conocimiento de los delitos cometidos por los miembros de los cuerpos armados de Policía contra la vida y la integridad personal, "en actos del servicio". Pero el segundo Decreto modificó esa competencia, pues dispuso en su artículo 11:

"A partir del 15 de junio próximo, la justicia penal militar sólo conocerá de los delitos que le

están atribuídos por el Código de la materia.

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la justicia penal militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

Y como el 15 de junio de 1951, en este proceso no se había convocado dicho Consejo de Guerra, ni el Código Militar de entonces les daba fuero castrense a los agentes de la policía sindicados de delitos comunes contra la vida y la integridad personal (artículos 7, 8 y 9, Decreto-Legislativo Nº 0125 de 1950), concluyese que del negocio debían conocer los jueces ordinarios y deben seguir conociendo de él.

Porque si bien es cierto que hoy rigen los Decretos 1814, 1897 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954, tales estatutos son inaplicables en el presente caso, porque, conforme a ellos, el juzgamiento de los miembros de la Policía por la Justicia Penal Militar sólo cabe a partir del 10 de julio de 1953, en que la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas, otorgándosele el correspondiente fuero, en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran dichos miembros. Y ya se vió que las infracciones de que responden los procesados, fueron consumadas el 6 de octubre de 1947, esto es, en época en que aún no tenían tal privilegio para ser excluídos de la jurisdicción ordinaria.

"Esto quiere decir —expresó la Corte en otras oportunidades— que los efectos del artículo 12 del Decreto 1426 de 1954 sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se acaban de indicar y no antes, o sea cuando ya los miembros de la Policía eran parte de las Fuerzas Armadas y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, deben pasar al conocimiento de la Justicia Penal Militar." (Autos de 18 de enero, 12 de marzo y 18 de mayo de 1956).

Y esta conclusión se justifica aún más, si se piensa que en el presente asunto existe auto de proceder ejecutoriado, que consolidó la competencia en el Juzgado 1º Superior de Pasto, situación que no puede ya desconocerse por mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que, en lo pertinente, dice:

"....Pero....**las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación**". (Subraya la Corte). Sabia norma ésta que se inspira en un principio de economía procesal y en otro de firmeza y seguridad de las tramitaciones legítimamente cumplidas.

Por eso, a un juicio ya bastante adelantado y listo para la audiencia pública, como es el caso, debe ponerle fin la autoridad ordinaria que lo inició. Al respecto, ha expresado también esta Sala de la Corte:

"De manera que si cuando se expide la nueva regla procedimental ya se había dictado providencia de primera instancia en el fondo del asunto, el juicio se sigue conforme a la ley vigente cuando el delito se cometió y ante los jueces establecidos entonces para su juzgamiento." (Auto de 18 de enero de 1955. Proceso contra Franklin Delgado Albornoz).

Por lo tanto, la colisión de competencias debe ser definida en favor del Juez 1º Superior de Pasto.

La Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Que es al Juez Primero Superior de Pasto a quien corresponde conocer del presente negocio por homicidio contra Máximo Feria Blanco y otros, de lo cual se dará aviso al señor Juez de Primera Instancia de las Fuerzas de Policía-División Nariño.

Cópiese y remítase el negocio al citado Juez Superior.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REDACCION DE LAS SENTENCIAS.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 159 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — NULIDAD EN LOS PROCESOS PENALES

1.—Es verdad que el Código de Procedimiento indica cómo deben redactarse las sentencias. Y con tal fin presenta en el artículo 159 una especie de modelo. Se busca con ello la claridad y el orden en las decisiones judiciales. Pero si a los mismos resultados se llega variando un poco la redacción —que es algo personal—, o apartándose del ejemplo —lo que podría ser cuestión de estética—, no podrá afirmarse con razón que se ha contrariado la voluntad del legislador, que no consiste en que se siga al pié de la letra una determinada pauta sino en que los fallos sean claros y ordenados en su presentación y contengan los presupuestos penales indispensables que permitan sacar las adecuadas conclusiones jurídicas. Una sentencia puede estar redactada sobriamente y no por ello merecer el calificativo de deficiente, si reune aquellos requisitos; así como a otra, muy extensa puede faltarle motivación y fundamento.

La fórmula del artículo 159 no es algo fundamental del proceso, cuya trasgresión, por lo tanto, sea capaz de constituir uno de aquellos vicios que afectan de nulidad las providencias de los jueces, como sería, v. g. la de haber confundido o equivocado el nombre o el apellido del responsable. A la justicia le interesa que el fallo exponga hechos que los califique y deduzca las consecuencias legales pertinentes. Porque son las insuficiencias —en cuanto a lo substancial— y no los defectos —en cuanto a la forma— lo que se debe evitar. Ese es el espíritu de la disposición que se comenta.

2.—Si en el fallo no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o sea, que carece de motivación, habrá lugar a impugnarlo por la causal 5ª del artículo 567 del C. de P. P.

3.—No todas las informalidades en que se incurra en los procesos penales dan lugar a declararlos inválidos. Porque las nulidades están enumeradas en los artículos 198 y 199 del código respectivo, lo cual significa, en primer lugar, que son formales, y, en segundo lugar, que son taxativas. Desde luego existen —y así le ha reconocido la Sala Penal de la Corte— otras llamadas constitucionales, cuyo reconocimiento está limitado a casos en que ciertamente se hayan quebrantado las garantías que consagra la Carta Fundamental.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Inconforme el señor representante del Ministerio Público de la Segunda Instancia con el fallo de 16 de diciembre de 1954 dictado por Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, interpuso recurso de casación, sustentado oportunamente en el escrito que luego se verá.

En dicha sentencia se confirma la de seis de julio del mismo año del juez del conocimiento (Segundo Superior de la ciudad nombrada), por medio de la cual se absolvió a Guillermo Páez Durán de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Agotados los trámites propios del recurso extraordinario que ante la Sala Penal de la Corte se ventila, procede ella a decidirlo, previas las siguientes premisas:

1ª—Durante una riña ocurrida en la población de "El Espino" el 31 de diciembre de 1951, Guillermo Páez Durán le dió muerte a Víctor Núñez y lesionó a Joaquín Muñoz;

2ª—Adelantado el proceso criminal por estos delitos, un primer Jurado, reunido en audiencia pública el 1º de octubre de 1952, negó la responsabilidad tanto en lo relativo al homicidio como a las lesiones; aquella, por haber obrado el in-

factor en "legítima defensa", y ésta por "falta de pruebas";

3º—Este veredicto, que aceptó el Juez de primera instancia y en virtud del cual absolvió al acusado, fue declarado "contraevidente" por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo después de un espacioso examen de las pruebas;

4º—Convocado un nuevo jurado, de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal, el Juez de la causa sometió a su consideración las siguientes preguntas:

"El acusado **Guillermo Páez Durán**, hijo de Ricardo Páez, y de Domitila Durán, de diez y nueve años de edad, natural y vecino del Espino, casado con Alba Lilia Briceño y agricultor de profesión, es responsable del delito de homicidio perpetrado —con el propósito de matar— en la persona de Víctor Núñez, según hechos sucedidos como entre nueve y diez p. m. del día treinta y uno de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, en la carrera primera de la población de El Espino, cerca al café de Pastor Rojas, y mediante el empleo de arma corto-punzante, con la cual se ocasionaron los estragos órgánicos de que dá cuenta la diligencia de autopsia?"

"El mismo acusado **Guillermo Páez Durán**, de las anotaciones personales enunciadas en el punto anterior, es responsable del delito de lesiones perpetrado en la persona de Joaquín Muñoz, según hechos sucedidos en el lugar, día y hora anotados en la cuestión anterior, y mediante el empleo de arma corto-punzante, con la cual se ocasionaron los estragos orgánicos de que dan cuenta los respectivos reconocimiento médicos?"

5º—Las respuestas obtenidas en la audiencia pública del 4 de mayo de 1954, son de este tenor: a la Primera: "No, por aver" (sic) "obrado en legítima defensa de su persona"; a la segunda: "No"; y

6º—Como consecuencia de este segundo veredicto se pronunciaron las sentencias de que se habló al principio.

La demanda

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., y señala como violados, en los tres capítulos en que él divide la demanda, las siguientes disposiciones: 26 y 163 de la Constitución Nacional, 28 de la Ley 4ª de 1943 y 159, 198 y 480 del C. de P. P.

La Sala procurará hacer un resumen de las razones con que vienen aparejados cada uno de los artículos que se acaban de citar.

Sin embargo, tendrá que prescindir de la primera parte de la demanda (capítulo 1º) porque ella se refiere a una actuación desautorizada y que, por lo mismo, no cuenta como base procesal de estudio. En efecto, alude allí el recurrente al primer cuestionario sometido al Jurado, y afirma que no está de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, porque se omitió incluir, en el relativo al homicidio, el propósito de matar. Y de esta omisión deduce que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque no se observaron a plenitud las formas propias de juicio penal.

Al referirse —en el capítulo 2º— al artículo 198 del Código de Procedimiento, dice lo que se va a transcribir

"Si aceptamos la tesis del H. Tribunal, en la sentencia materia de este recurso, de que un veredicto es válido en caso de absolución, y nulo cuando es condenatorio, en el caso de irregularidades cometidas en la redacción de los cuestionarios destinados al Jurado, se tendría que estos últimos carecían de jurisdicción para fallar. Funcionario que solamente puede dictar válidamente, fallo absolutorio, no es Juez, porque carecería de la prerrogativa esencial, cual es el poder absolver o condenar, según la ley o la conciencia.

"En el juicio que nos ocupa se le planteó al Jurado un interrogatorio, al cual solamente podía contestar válidamente con un NO; en caso contrario, su decisión era nula. La jurisdicción se ejerce por los jueces, de manera absoluta, dentro de los términos de la justicia, y no de manera hipotética o condicional.

"El Jurado estaba, pues, en condiciones de no poder administrar justicia en el presente caso. No tuvo la plenitud de las facultades que le otorga la ley, al equiparlo en funciones, a los Jueces.

El capítulo tercero lo dedica a criticar la sentencia por cuanto no se ajusta en su redacción a las indicaciones del artículo 159 del C. de P. P., y por no haberse realizado un estudio sobre los hechos que se consideraron probados, o sea, en concreto, que no hubo motivación de la sentencia.

Los anteriores cargos vienen precedidos de la siguiente solicitud: "que se invalide el fallo para que se dicte el que ha de reemplazarlo, o para que se ordene devolver el proceso a quien corresponda para que se dicte la sentencia o se reponga el procedimiento".

El señor Procurador Primero Delegado en lo

Penal, a quien se le corrió traslado de la demanda para los efectos de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, se abstuvo de ejercer la facultad allí consagrada, porque en su concepto ella procede solamente cuando se trata de sentencia contra la cual, a juicio de la Procuraduría, pueda prosperar un ataque en casación, o cuando el escrito en que el Fiscal impugna la sentencia sea deficiente en la forma o en el fondo. En los demás casos —dice— debe la Procuraduría abstenerse de ampliar la demanda, "sin expresar las razones de tal abstención, porque, de expresarlas, se correría el riesgo, por una parte, —cuando no se vea la razón en la demanda— de presentar tesis opuestas en representación de una misma parte, la del Ministerio Público; y, por la otra —cuando la demanda aparezca plenamente acertada— la de ser redundante al ampliar lo que no necesita ampliación por hallarse correcto y completo". Y concluye manifestando que en este caso "no concurren las condiciones anotadas".

La parte no recurrente no intervino en la actuación de que se trata.

Incompetencia de jurisdicción

El argumento —ya transcrito— en que se apoya este cargo no conduce ciertamente a probarlo. En primer lugar porque quien lo formula parte de una aseveración que no se encuentra en el fallo acusado, pues en ningún lugar de él se ha dicho que "el veredicto es válido en caso de absolución y nulo cuando es condenatorio"; y en segundo lugar porque la Sala no advierte, como lo asegura el autor de la demanda, que las preguntas formuladas al Jurado pudieran ser contestadas únicamente en forma negativa, y que por ello quedaron los jueces "en condiciones de no poder administrar justicia".

De dónde pudo el recurrente partir para atribuirle a la sentencia impugnada una tesis que en ella no se sustenta, ni siquiera se expone?

Leyéndola con cuidado, sólo se halla, como relacionado con la materia, este párrafo que dice:

"En repetidos fallos, la Sala ha dejado ampliamente aclarado su pensamiento en materia de la declaración de nulidad constitucional con base en que en los cuestionarios que se someten al Jurado, no se incluye la expresión "propósito de matar", al interrogar a éste, habiendo concluido como norma general, que su reconocimiento solamente procede en los veredictos condenatorios, más no en los absolutorios....."

Y un poco después agrega el Tribunal:

"Tal situación no se contempla cuando el veredicto es absolutorio, porque si el jurado ha dicho simplemente "no", está negando la responsabilidad en forma integral y entonces la situación sé "(sic)" contempla no es de "vaguedad e incertidumbre", para volver a emplear la expresión acertada de la Corte, sino una muy clara y muy nítida de ausencia de responsabilidad para toda especie de homicidio. En ese caso el jurado ha negado el género y consiguientemente, la especie.

"Por otra parte, cuando la expresión utilizada por el jurado es de una negativa enfática, sin ninguna explicación, el juez no tiene facultad para indagar cuál fue la causal que tuvo en cuenta para proceder en esa forma, porque los jueces de conciencia son soberanos en el avalúo que íntimamente hagan de las pruebas aducidas; esa negativa puede explicarse ya por una causal de justificación del hecho, ya porque las pruebas no son lo suficientemente convincentes para endilgar una condenación o ya, inclusive, porque los jurados muy bien pudieron considerar que hubo ausencia de intención de matar. Y en tratándose de un segundo veredicto, por voluntad de la ley, es obligatorio para el juez de derecho y entonces, menos aún puede éste entrar a indagar la causa que impulsó la absolución....."

"En el caso presente, la omisión en el cuestionario tuvo lugar, en la primera audiencia, mas nó en la segunda; aún en el supuesto de que se considerara que a pesar de ser también el veredicto absolutorio, prospera la nulidad, habría de concluir también que como la etapa procesal que se contempla actualmente tiene como base el segundo veredicto, para pronunciar el cual, si se satisfizo en el cuestionario el requisito de interrogar al jurado sobre el propósito de matar, la pretendida nulidad no viene a afectar el resultado final que se produjo."

Las precedentes consideraciones del Tribunal fueron hechas con el fin de explicar por qué no procedía la nulidad que le solicitaba su colaborador Fiscal en cuanto al primer veredicto, en razón de que él se emitió sobre una pregunta incompleta, puesto que se dejó de incluir en ella el propósito de matar, y así, la respuesta pudo tener caracteres de vaguedad por ignorarse de qué clase de homicidio se predicaba la irresponsabilidad del acusado. Pero, según ya se dijo, el tema planteado era entonces y es ahora por completo inoportuno, porque la irregularidad de que se viene hablando se subsanó en la segunda audiencia cuando se interrogó al nuevo Jurado so-

bre el elemento intencional que se había echado de menos. Sólo que el Juez se excedió en los términos de la cuestión, porque no planteó la pregunta sobre hechos sino sobre el delito que esos hechos, jurídicamente, componen. Mas cerca de este punto no versa la demanda y, por lo tanto, la Sala se abstiene de examinarlo.

Por lo demás como el cargo tiene origen en una actuación ya corregida, no procede, como antes se dijo, considerarlo.

El artículo 159 de la Ley 94 de 1938

Es verdad que el Código de Procedimiento indica cómo deben redactarse las sentencias. Y con tal fin presenta en el artículo 159 una especie de modelo. Se busca con ello la claridad y el orden en las decisiones judiciales. Pero si a los mismos resultados se llega variando un poco la redacción —que es algo personal—, o apartándose del ejemplo lo que podría ser cuestión de estética—, no podrá afirmarse con razón que se ha contrariado la voluntad del legislador, que no consiste en que se siga al pié de la letra una determinada pauta sino en que los fallos sean claros y ordenados en su presentación y contengan los presupuestos penales indispensables que permitan sacar las adecuadas conclusiones jurídicas. Una sentencia puede estar redactada sobriamente y no por ello merecer el calificativo de deficiente, si reune aquellos requisitos; así como a otra, muy extensa puede faltarle motivación y fundamento.

La fórmula del artículo 159 no es algo fundamental del proceso, cuya transgresión, por lo tanto, sea capaz de constituir uno de aquellos vicios que afectan de nulidad las providencias de los jueces, como sería, v. g., la de haber confundido o equivocado el nombre o el apellido del responsable. A la justicia le interesa que el fallo exponga hechos, que los califique y deduzca las consecuencias legales pertinentes. Porque son las insuficiencias —en cuanto a lo substancial— y no los defectos —en cuanto a la forma— lo que se debe evitar. Ese es el espíritu de la disposición que se comenta.

Ahora, si en el fallo no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o sea, que carece de motivación, habrá lugar a impugnarlo por la causal 5ª del artículo 567 del C. de P. P. Y valga la oportunidad para hacer estas observaciones: a) que en los juicios en que interviene el jurado sobre el análisis de las pruebas porque no debe olvidarse que en esta clase de procesos el examen probatorio —por una especie de desconocimiento de la misión soberana del Jurado— sólo le concierne al Juez de derecho para declarar el veredicto correspondiente contrario a la evidencia, es decir, a lo demostrado; b) que este aspecto probatorio incide en la causal 2ª de casación, inoperante en tales juicios; y c) que si el segundo veredicto es definitivo (artículo 537 del C. de P. P.), resulta inoficioso estudiar nuevamente los elementos relativos a la responsabilidad.

De donde resulta, por una parte, improcedente el cargo, y por la otra, de imposible consideración aquí, por prohibirlo expresamente al artículo 568 del C. de P. P.

No todas las informalidades en que se incurra en los procesos penales dan lugar a declararlos inválidos. Porque las nulidades están enumeradas en los artículos 198 y 199 del código respectivo, lo cual significa, en primer lugar, que son formales, y, en segundo lugar, que son taxativas. Desde luego existen —y así lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte— otras llamadas constitucionales. Pero el reconocimiento de ellas está limitado a casos en que ciertamente se hayan quebrantado las garantías que consagra la Carta Fundamental, como, por ejemplo, cuando se ha aplicado una ley que no existía en la época en que el delito se cometió, o porque el juicio se adelantó ante el Tribunal incompetente, o se privó al procesado de los medios legales de defensa. Casos previstos y que dan lugar al recurso de casación (los dos primeros, por las causales 1ª y 4ª), excepto el último, que no está incluído en las nulidades que podrían llamarse ordinarias. Pero en ninguna de estas inobservancias se ha incurrido en el presente proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo absolutorio de 16 de diciembre de 1954, del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

FALTAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACIA. — ACTUACIONES INCORRECTAS DE LOS ABOGADOS NO SUSCEPTIBLES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

Los altercados que personas particulares lleguen a promover en un despacho judicial, las expresiones injuriosas para el funcionario o los particulares que allí se encuentren, el lenguaje procaz, la desobediencia y demás actos similares, están previstos en estatutos legales distintos de los contemplados en la Ley 69 de 1945, sobre ejercicio de la abogacía, y tienen sus sanciones propias de multas y arresto que impone el funcionario mediante simple resolución. Entre las atribuciones de las diversas autoridades judiciales se halla la de sancionar esos hechos. Igualmente con relación a los escritos irrespetuosos dirigidos a las autoridades se establece como sanción propia la de su rechazo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Bogotá, consulta la sentencia de 28 de abril del presente año, recaída en este juicio, y en virtud de la cual se sobresee definitivamente en favor del abogado Marino López Lucas respecto de los cargos que se le formularon por faltas en el ejercicio profesional.

La consulta ha tenido el trámite pertinente. El señor Procurador Delegado en lo Civil descorrió el traslado de rigor ,expresando su acuerdo con los considerandos y conclusiones del fallo, el que conceptúa debe confirmarse.

Del examen de los documentos que originaron el proceso, se desprenden los siguientes cargos contra el abogado López Lucas:

1—Que durante una diligencia de careo que se llevaba a cabo en el Juzgado 3º de Instrucción Criminal el 6 de julio de 1954, entre los señores Vicente Bargans y Antonio Bernadas de la Huerta, el apoderado de este último, Dr. López Lucas, fue promotor de un "bochornoso" incidente al sostener un altercado con el sindicado Bargans, a quien lanzó tales ofensas que obligaron al secretario a disponer que el sindicado se retirara del recinto en previsión de que el incidente tomara mayores proporciones; y que no obstante eso, el Dr. López continuó agraviando al sindicado sin atender las amonestaciones que se le hacían para que guardara compostura.

El informe del Juez donde se consignan estos hechos expresa a continuación de ellos: "Verbalmente se me ha informado, y estoy en capacidad de decir por qué conducto, que el Dr. Marino López Lucas, registra antecedentes penales en los Juzgados Municipal o del Circuito de Facatativá, desempeña el cargo de profesor de "Ética Profesional".... en el Sic y no sé si otros cargos y además, en la Sección de Extranjeros o en el Ministerio de Relaciones Exteriores registra algunas cuentas pendientes."

2—Que la denuncia puesta por el Dr. López Lucas contra Vicente Bargans por el delito de estafa resulta temeraria, y que en el curso de la investigación presentó escritos "concebidos en términos injuriosos para el sindicado y en los que usa de expresiones impropias para ser leídas por un funcionario judicial que merece todo acatamiento".

Estas últimas acusaciones se desprenden del informe del Visitador comisionado por la Procuraduría General de la Nación para examinar el expediente, en virtud de queja formulada por el apoderado Marino López.

Refiriéndose al primer cargo dice el abogado que al iniciarse el careo el secretario le pidió que se sentase en lugar inmediato al sindicado; que éste, en tal momento, lo miró "con ojos de dura expresión desafiante y apretando el puño derecho

lo levantó de la rodilla y realizó actos de amenaza que, como abogado no podía tolerar"; que al hacerle comprender al secretario la actitud del sindicado, éste "en voz gruesa y en tonos displicentes" expresó que él —abogado— le había lanzado en la calle "una frase gruesa", a lo cual replicó que no había dicho esa palabra "y nombré la palabra" —añade— para decir que no era ése el lugar ni el momento de reclamar, pues la reclamación sobre ese término no se debía hacer allí. Más adelante agrega que advirtiendo que no tenía garantías para el desarrollo del careo y que era imposible atenderlo por las agresiones de palabra que le dirigían el sindicado y su abogado, abandonó el recinto.

Analizando el cargo relacionado el Tribunal fallador expresa: (f. 69) "En tratándose de faltas al respeto debido a Jueces y Magistrados y, en general, a todo empleado con jurisdicción, existen medios legales suficientes y al alcance de los funcionarios para sancionar el irrespeto, o sea las llamadas penas correccionales a que se refiere el Código Político y Municipal en su Título Octavo, Capítulo VII, artículos 309 y 310. Otro medio legal al respecto podría ser el artículo 121, ordinal 17, del Código de Procedimiento Civil cuando proceda su aplicación. Si, pues, como se dice o insinúa en el informe referido, el abogado Marino López Lucas faltó al debido respeto al funcionario instructor, era a éste a quien correspondía sancionar en la medida de la falta al infractor."

"Lo demás, o sea las conjeturas que se leen en el susodicho informe y que el Juez de Instrucción dice haber sabido "verbalmente", carece de la debida seriedad. Si a un Juez penal se le informa algo delictuoso y se halla "en capacidad de decir por qué conducto", no sólo está en el deber de revelar sin rodeos el conducto informativo sino de averiguar el hecho, en lugar de insinuarlo apenas dejándolo flotante y como en tinieblas. Y si sabe el Juez de la queja que el abogado López Lucas "registra algunas cuentas pendientes" aquí o allá, revélelas igualmente.... Denuncie el señor Juez Tercero de Instrucción Criminal un caso concreto contra el "abogado forense" López Lucas, relativo a la delicadeza o el decoro profesionales, en la seguridad de que se la administrará la justicia debida por quien corresponda."

Con relación a los cargos del Visitador, el Tribunal concluye que en el estado actual de la investigación contra Vicente Bargans, vistas las diligencias que ordenó practicar el Juez 2º Superior en ese asunto, cuya copia se trajo al juicio, no es posible hablar de temeridad en el denuncio.

Halla la Corte bien fundada la decisión objeto de la consulta. Los altercados que personas particulares lleguen a promover en un despacho judicial, las expresiones injuriosas para el funcionario o los particulares que allí se encuentren, el lenguaje procaz, la desobediencia y demás actos similares, están previstos en estatutos legales distintos de los contemplados en la Ley 69 de 1945, sobre ejercicio de la abogacía, y tienen sus sanciones propias de multas y arresto que impone el funcionario mediante simple resolución. Entre las atribuciones de las diversas autoridades judiciales se halla la de sancionar esos hechos. (Véase entre otras las siguientes disposiciones. numeral 1º del parágrafo del artículo 40, numeral 6º del artículo 82, numeral 4º del artículo 103, del Código Judicial, y los artículos 309 y 310 del Código de Régimen Político y Municipal. Igualmente con relación a los escritos irrespetuosos dirigidos a las autoridades se establece como sanción propia la de su rechazo, según lo dispone el numeral 17 del artículo 121 del Código Judicial. Es pues impropio adelantar el procedimiento sumario por faltas en el ejercicio profesional de la abogacía, con base en los hechos ocurridos en el recinto del Juzgado de Instrucción de que dá cuenta el informe del titular de ese despacho.

Los antecedentes penales de que se le informó verbalmente al Juez 3º de Instrucción, según él lo afirma, que pesaban sobre el Dr. López Lucas, es cargo velado que éste rechaza enfáticamente, y no tiene, por otra parte, comprobación alguna en los autos, que pudiera servir de fundamento en la aplicación de las sanciones de que tratan las leyes 69 de 1945 y 21 de 1931. El abogado dice que no tiene noticia de que se le haya denunciado por nadie.

Por último, aunque el negocio celebrado entre los señores Bargans y Bernadas con la asesoría profesional del abogado López Lucas, que dio origen a la investigación penal contra el primeramente nombrado, se relata con alguna extensión en el fallo del Tribunal, por aludir a él tanto el Visitador de la Procuraduría como el abogado, es lo cierto que ninguna acusación formal se hace contra este último por razón de esas gestiones, y por consiguiente, carece de objeto examinar tal negocio. La denuncia formulada por el Dr. López Lucas contra el señor Bargans por hechos calificados como delictuosos en el desarrollo del negocio, que conceptúa el Visitador como temeraria, no es susceptible de apreciación en este juicio pa-

ra calificarla y deducir si el cargo es fundado o nó El Juez que conoce de ese asunto decidirá —como lo ánota del Sr. Procurador— "si aquel denuncio fue temerario y cuál fue la participación del Dr. López Lucas en los negocios o contratos a que se refiere tal investigación."

Las razones expuestas son suficiente para concluir que en el caso de estos autos no hay lugar a imponer sanción alguna al abogado acusado, por razón del ejercicio de la profesión. Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo consultado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga. — Néstor Pineda. — Manuel F. Medina, Oficial Mayor.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, once de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Cuervo A.)

RESULTANDO:

1.—La Compañía Industrial del Cesar, Sociedad Anónima constituída y domiciliada en Medellín, —cuya existencia y personería están probadas— demandó por medio de apoderado, a la Nación, para que se reconozca que pertenecen a la primera con exclusión de ésta, el petróleo y otros hidrocarburos que se hallen dentro de unos predios ubicados en el municipio de Chiriguaná, departamento del Magdalena, conocidos desde antigua con los nombres de "San Agatón, Hatillos de Mechoacán y Palenquillo", y de "Chaparro".

2.—Motívose el pleito por haber aceptado el ministerio del ramo las propuestas de contrato Nº 184, en cabeza de la Cía. de Petróleos del Zulia S. A., y Nº 185 en cabeza de la Compañía de Petróleos del Patía S. A.; pues aunque los interesados no se opusieron dentro del término legal, sí interpusieron oportunamente su demanda en el Tribunal Superior de Santa Marta, competente por razón del lugar donde están los terrenos.

3.—Las súplicas se enderezan, como es ley a que por la justicia se reconozca que aquellos cuya pertenencia alega la parte demandante, salieron del dominio del Estado mucho antes del año de 1873 y que, por lo mismo el petróleo que allí se encuentre ha de excluirse de la exploración y explotación a que se refieren las citadas propuestas. En treinta y tres capítulos y con la debida especificación se relacionan los hechos que sirven de causa a la demanda, figurando entre ellos los linderos que determinan los inmuebles del litigio, a saber:

"**Tercero:**—Por declaraciones de los señores Julián Leiva y Juan Manzanares, rendidas el 16 de agosto de 1835 ante el señor Juez Primero Parroquial de Chiriguaná, Don Juan Castrillo, se acredita judicialmente que en el mes de marzo del año de 1782 el Juez General Comisionado Teniente de Gobernador de la ciudad del Valle Dupar, Don Francisco de Orcasitas, verificó la mensura y dio legítima posesión a Doña Angela Rafaela de Torres de las tierras nombradas **"San Agatón"**, que ésta ocupaba con ganados, en una extensión de cuarenta y tres caballerías y unas fanegadas determinadas por linderos que según las constancias de la diligencia de mensura. "Empezaron en el río de Las Animas en el puerto del camino pa. Mechoacán con asistencia del apoderado de Dn. Blas de Godoy, vecino que fue de Mompós presentando título real de la Sabana del Descornado colindante, desde dicho puerto siguió la cabulla atravesando el monte hasta la sabana y siguiendo por la orilla del piñal al rincón de Felipaso i de este hasta el cuarto cerrito de Juan Fernando, del lado de abajo, habiendo atravesado todo el monte de San Antonio, en donde se presentaron los colindantes Don Matco de Otero y Don Eugenio de Mendoza, admor. de la Hca. de Calenturas, manifestando éste sus títulos con la mesura hecha pr. un Don José Franco. Maestre, siendo Teniente de Gobernador del Valle, i desde el referido paraje siguió la cabulla pr. toda la sabana hasta el puerto que titulan de arriba del Caño de Paralú: desde donde siguió a las cuevas viejas a unos peñones que están sobre un cerrajón y desde allí a la Ciénaga de Pachito y desde ésta atravesando el pantano del Toturno, saliendo por la boca de arriba de Bote-arrienda hasta el puerto del Diablito, donde se presentaron los colindantes don Andrés de Villanueva y Don Manuel Pio de Ibiricú, éste con sus títulos por la mensura hecha por el agrimensor Dn. Guerrero, i siguió la cabulla al Ojo de Agua, desde éste a la Mata de los Indios, desde ésta al Rincón de Petaquilla y desde éste atravesando el monte de las Animas hta. llegar al puerto de Ochoa del río que siguiendo aguas abajo se concluyó la mensura donde mismo se dió principio, quedando por la suspensión del área i reducción a figura perfecta, bien medidas cuarenta y tres caballerías y fanegadas". El mismo funcionario dio en composición (?) a doña Juana Ignacia Terán las tierras comprendidas: "Por el lado del este, con los terrenos llamados La Jaga de Don Ramón de Ibi-

ricú desde la Mata de los Indios al paso llamado del Guamacho en el río Tucuy, y siguiendo la dirección dicha con rumbo al norte, con las sabanas de Buenavista y Ojinegro; por el lado de abajo o del sur, con las tierras y sabanas de "San Agatón y Hatillos de Mechoacán y Palenquillo"; por el oeste y norte con las sabanas de Calenturas, incluyendo en estos linderos los hatillos del Boquerón, Rincón de la Cruz y Pantanogrande".

"Cuarto. En remate efectuado el 18 de febrero de 1805 en la Villa de Santa Cruz de Mompóx por ante los señores Don Ramón Miguel de Enjo y Don Manuel Samper y Sarè, Contador y Tesorero respectivamente, Oficiales Reales y Ministros de la Real Hacienda, verificado en nombre de Su Majestad para cubrir las sumas que adeudaban al erario las mortuorias de las señoras Doña Angela Rafaela de Torres y Doña Petronila de Amate, su hija, se cedió a título de venta en pública subasta al señor Dr. Matías Gutiérrez de Piñeres la hacienda denominada "San Agatón y Hatillos de Mechoacán y Palenquillo", situada en jurisdicción de la ciudad de los Reyes de Valle Dupar, Provincia de Santa Marta, y comprendida según la diligencia de mensura, así: "Empiezan las tierras en el Río de Las Animas y en el puerto del camino p. Mechoacán, de este punto, colindante con las Sabanas del Descornado, comprenden y pertenecen a la Heda. que se subhasta atravesando el monte hasta la Sabana, siguiendo por la orilla del Piñal al Rincón de Felipaso y de éste hasta el cuarto cerrito de Juan Fernando, del lado de abajo, habiendo atravesado todo el monte de San Antonio hasta llegar a las tierras de Calenturas y desde éstas siguió la medida por toda la sabana hsta. el puerto que titulan de Arriba del Caño de Paraló, desde donde sigue a las cuevas viejas y peñones que están sobre un cerrajón y desde allí a la Ciénaga de Pachito, y de ésta atravesando el Pantano del Totumo saliendo pa. la boca de arriba de Bote-Arrienda para el puerto di. hatillo i siguiendo la mensura al Ojo de Agua, desde éste a la Mata de los Indios, de éste al Rincón de Petaquilla i de ésta atravesando el monte de San. Antonio unos playoncitos y charrascales y el monte de las Animas hsta. llegar al puerto de Ochoa, del río siguiente. aguas abajo, concluye la mensura donde se principió quedando por la suspensión del área i reducción a la figura perfecta, bien medidas cuarenta y tres caballerías y .. fanegadas". Los anteriores linderos insertados en la diligencia del remate, a petición de Dn. Matías Gutiérrez de Piñeres son una reproducción de la antigua diligencia de deslinde y entrega de las tierras adjudicadas en composición por las autoridades coloniales en favor de Doña Angela Rafaela de Torres, según se desprende del texto del documento".

4.—Admitido el libelo por auto del 24 de julio de 1946, se le pasó en traslado al señor Fiscal quien contestó oponiéndose, negando la mayoría de los hechos y admitiendo sólo aquellos que no implicaban reconocimiento de derechos contra la Nación.

5.—En la primera instancia se efectuó la inspección ocular de los terrenos y se recibió el dictamen de los peritos que se nombraron para poner en claro, tanto la determinación precisa de los inmuebles como lo tocante con la superposición de áreas entre los mismos y las de las propuestas números 184 y 185.

En el acta de la inspección ocular consta que la practicó la propia Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Marta entre los días 15 a 21 de abril de 1947. Se hace una relación minuciosa del recorrido hasta llegar al sitio donde empezaban los terrenos que debían reconocerse y van anotándose los puntos que posiblemente corresponden con los expresados por los linderos transcritos en el hecho 3º de la demanda.

Los peritos que asistieron a la diligencia hacen una larga exposición, que reproduce en parte lo que ya se había hecho constar en el acta de la diligencia y luego concluyen así:

"Con base en las consideraciones anteriores y en los elementos de pruebas de diverso género que tuvimos a nuestra disposición, los suscritos peritos, de común acuerdo, conceptuamos: **Primero.** Las tierras encerradas dentro del perímetro de la solicitud de concesión petrolífera Nº 184, delineadas tal como aparece en el aviso del Diario Oficial Nº 25592 de 13 de julio de 1944 y en el hecho **Vigesimo-sexto** de la demanda promovida por la Compañía Industrial del Cesar S. A., contra la Nación Colombiana, comprenden parte de los terrenos nombrados "San Agatón, Mechoacán y Palenquillo" y "Chaparro". **Segundo.** La extensión superficiaria de tierras determinada en los linderos que aparecen publicados en el Diario Oficial Nº 26108 de 15 de abril de 1946 y referentes a la solicitud de concesión radicada oficialmente bajo el número 185, comprende también parte de las tierras prenombradas. **Tercero.** Los terrenos de "San Agatón, Mechoacán y Palenquillo" y los de "Chaparro" se vienen poseyendo, en nuestro concepto, por la Cía. Industrial del Cesar S. A. con actos de dominio y se están explotando económicamente con una empresa ganadera. El

perito Castro Monsalvo hace la siguiente aclaración: Su concepto sobre la explotación económica en este dictamen no está fundamentado en lo dispuesto en el Decreto Nº 50 de 1938 (Art. 6º), reglamentario de la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras) porque ese criterio de explotación económica implicaría el conocimiento de superficie ocupada, el estudio de la calidad de las tierras y el inventario de las cabezas de ganado que pastan en esos terrenos para determinar la proporción que les corresponde. El concepto de explotación económica que aquí aparece es el aceptado universalmente para indicar la ocupación con ganados, realización de mejoras, edificaciones, cultivos de pastos e inversiones de capital con fines económicos."

6. —A su tiempo las partes alegaron de conclusión, y citadas para sentencia vino a proferirla el Tribunal de Santa Marta a 15 de septiembre de 1954, negando las peticiones y absolviendo a la Nación de los cargos del libelo.

El fallo estudió separadamente la determinación de los globos de terreno, objeto de la litis, y la eficacia del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Importa anotar lo que se dice sobre el fundo de San Agatón y Hatillos de Mechoacán y Palenquillo, respecto de lo cual reza la sentencia:

"Puede decirse que hasta aquí está demostrada la identificación del fundo de San Agatón y Hatillos de Mechoacán y Palenquillos (sic) cuya identidad se apreció en la inspección ocular de que se trata siguiendo el orden en que se verificó la mensura de dichas tierras según las declaraciones de Julián Leiva y Juan Manzanares, rendidas el 16 de agosto de 1875 (hay un error de número porque no es 1875 sino 1835), ante el señor Juez Parroquial de Chiriguaná, don Juan Castrillo, a que se refiere el hecho 3º del libelo".

En cuanto al predio de Chaparro la misma sentencia reza:

"**Identificación de Chaparro.**—Puede afirmarse que la alindación del predio Chaparro se evidenció así mismo en la propia diligencia al hacer los recorridos de que se ha hablado, según puede verse en ella, quedaron establecidos (sic) los terrenos llamados **La Jagua** de don Ramón de Ibiricú; **Mata de los Indios**, el paso llamado **el Guamacho** en el río Tucuy; y las sabanas de **Buenavista** y **Ojinegro**; las sabanas de **Calenturas**, los hatillos de **Mechoacán y Palenquillo**, que son linderos de Chaparro, según se expresa en el mencionado hecho 3º de la demanda".

En cuanto a la superposición de áreas se observa que los peritos reconocieron de manera unánime que ella existía, tanto respecto de las tierras de San Agatón como respecto de las de Chaparro y que ambos globos estaban interferidos por las áreas de las propuestas 184 y 185. Sin embargo, el Tribunal se separa parcialmente del concepto de los peritos y rechaza la superposición respecto de la propuesta número 184, razonando así:

"Manifiestan ellos que, por no haber podido conseguir del Ministerio de Minas y Petróleos ni de los interesados las coordenadas astronómicas de los puntos inspeccionados, no fue posible referenciarlos a las coordenadas de los vértices de la concesión número 184. Pero localizaron a su juicio, por otro medio las tierras que pretende la Compañía demandante con respecto a las de la concesión a que se refiere la mencionada propuesta 184. Cuáles fueron los puntos tomados como referencia? "La Brillantina" y "Las delicias"; es decir, dos establecimientos agropecuarios de la Compañía actora según lo dijeron varios testigos. Entonces dicen los expertos: La Brillantina se encuentra a unas dos cuadras del río Cesar. Y siendo el río Cesar el lindero arcifinio de la concesión 184 entre los puntos A y B. del globo propuesto por el Dr. Julio Pardo Dávila, es evidente que todo punto situado al oriente de este lindero, a corta distancia del río Cesar, hace parte de la concesión 184. Nada tiene que objetar el Tribunal en cuanto a esta conclusión; porque puede ser cierto, es posible que sea cierto, que "La Brillantina" y aún "Las Delicias" hagan parte de los terrenos solicitados en concesión por el Dr. Pardo Dávila. Empero, nótese que ni "La Brillantina" ni "Las Delicias" son vértices de San Agatón y hatillos de Mechoacán y Palenquillo, ni de Chaparro, pues si se relee la alindación que forman los polígonos de esas tierras, no aparecen por parte alguna. Otra cosa habría sido si los peritos hubiesen tomado como referencia cualquiera de los puntos que forman el perímetro de las tierras demandadas, verbigracia el río de Las Animas, la Sabana del Descornado, el Rincón de Felipaso, el Cuarto Cerrito de Juan Fernando, el Caño de Paralú, el Puerto del Diablito, el Ojo de Agua, etc. que sí son sitios a que se refiere la medida histórica, y que menciona como puntos esenciales la Compañía demandante en el tercer hecho del libelo. Es verdad que la comisión en la práctica de la inspección ocular estuvo en Las Delicias y en La Brillantina en donde se apreciaron establecimientos ganaderos,

con casas de habitación y los implementos propios de esa industria. Allí se tomaron los testimonios de Tomás Rocha y Julián Hernández, quienes dijeron que, por conocer la región, sabían que esos establecimientos se llamaban así; que en ellos apacentaban los ganados de la Compañía Industrial del Cesar; que no sabían desde cuando era propietaria y explotadora de esa región la propia compañía. Adviértese que nadie dijo que Las Delicias y La Brillantina hacían parte de los terrenos de San Agatón ni de los de Chaparro. Se dijo que eran potreros y, si se quiere, tierras de la Compañía Industrial del Cesar. Pero nadie puede entender esto como significativo de que se trate de los predios que dicen salieron del patrimonio de Castilla y que pretende la Compañía demandante. Entonces, el corolario debe ser el siguiente: Si lo que se ha tomado por referencia para llegar a la conclusión de que las tierras "San Agatón" hacen parte del globo de la concesión 184 son los establecimientos denominados La Brillantina y Las Delicias, porque los peritos consideraron que hacen parte de San Agatón, y en el proceso no hay prueba alguna de tal cosa; vale decir, de que tales establecimientos sean parte de dicho inmueble, no puede admitirse como verdadero, que lo dicho por los expertos sea cierto. Y hay otra consideración más que hacer: Por quedar tan cerca el río Cesar, a La Brillantina y Las Delicias hicieran parte de las tierras de San Agatón y Hatillos de Mechoacán y Palenquillo, habría sido tomado aquel río como lindero arcifinio en la diligencia de deslinde practicado en la época colonial que la Compañía demandante presenta como título. Mas obsérvese que el río Cesar no aparece por parte alguna en los documentos producidos por funcionarios de la Colonia Española traídos a este juicio. No puede pues aceptarse el dictamen pericial en cuanto a que los terrenos a que se refiere la demanda hacen parte del globo de tierras solicitado en concesión y registrado bajo el Nº 184 por el Ministerio de Minas y Petróleos. Es decir, la Sala no admite la primera conclusión o concepto formulado por los peritos".

Para aceptar la superposición respecto del área de la propuesta número 185 el fallo continúa así:

"No puede en cambio decir lo mismo la Sala en cuanto a la segunda conclusión, pues los peritos toman como punto de referencia "Las Cuevas Viejas", que es un lindero arcifinio, septentrional, de "San Agatón, Mechoacán y Palenquillo". Además fuera de la consideración que hacen en relación con las coordenadas astronómicas de la concesión 185, traen este razonamiento que puede ser admitido: "De consiguiente si el vértice inferior del polígono de la concesión en referencia, incide más que el prenombrado lindero arcifinio de "Cuevas Viejas", que es uno de los determinados septetrionales de la propiedad, y si como pudo también constatarse (sic) objetivamente en (sic) dicho vértice de la concesión cae hacia la margen izquierda del Caño de Paralú y el lindero de cerrajones citado se halla a considerable distancia de la margen derecha, necesariamente los lados que constituyen el ángulo sur de la propuesta 185, o parte de esos lados formados por la línea C-B y C-D encierran una región superficiaria considerable de terreno que comprende parte de las tierras de "San Agatón" y "Chaparro". Nótese que los expertos tomaron en esta parte de su dictamen como puntos referenciales, no sitios ajenos a los terrenos sobre los cuales versa esta acción de dominio, sino dos de verdadera importancia, cuales son: "Cuevas Viejas" que es el vértice norte, y la margen izquierda del Caño de Paralú que también fue identificado como punto importante de los polígonos de las tierras de San Agatón y Chaparro. Y se resalta que con relación a este último predio dijeron ellos: ".....relieva la autenticidad del nombre correspondiente dado desde entonces al indicado puerto sobre el Paralú, el hecho físico de su ubicación en la línea delimitativa de las propiedades de San Agatón y Chaparro, precisamente en el lindero crucial de la línea Sur-norte del primer globo". Se repite, la Sala admite la segunda conclusión de los peritos en cuanto a que la extensión superficiaria de tierras determinadas en los linderos a que se refiere la concesión 185, comprende parte de las tierras de San Agatón, Mechoacán y Palenquillo, y también las de Chaparro. Se ha hecho tal distingo para que, en el evento de que prospere la acción, se aclare en la parte resolutiva lo pertinente, para dejar establecido que en el proceso se demostró, por un medio conducente, cual es el dictamen pericial, que los terrenos de que se trata están superpuestos, para usar el término de unos, o enterferidos (sic), según otros, por los de la concesión 185. No así, por los de la concesión 184, pues el experticio (sic) a juicio del Tribunal, no convence en el particular. Cabe sí observar que los técnicos no dijeron siquiera aproximadamente qué porción o segmentos de esos fundos, en caballerías o en cualquiera otra medida, hacen parte de las concesiones 184 y 185".

Concedido el recurso de apelación, interpuesto

por el apoderado de la parte actora, los autos llegaron a la Corte donde se tramitó la segunda instancia y en ella sólo se produjeron los alegatos del señor Procurador Delegado en lo Civil y del representante especial de la Compañía Industrial del Cesar S. A.

Se considera:

La pretensión fundamental sobre dominio privado del petróleo, contenido en los terrenos de la demanda, se apoya en diversos hechos que, según se alega, fueron eficaces para producir, conforme a la legislación entonces vigente, el traslado de la propiedad, del patrimonio del Estado al de los particulares de quien hoy derivan o pretenden derivar derechos los demandantes. Especialmente se invocan las diligencias que se promovieron por los años de 1782, "sobre composición con el gobierno español de la Colonia", a nombre de las señoras Angela Rafaela de Torres y Juana Ignacia Terán, denunciando la posesión que ejercían, respectivamente, la primera sobre las tierras de San Agatón y la segunda sobre las de Chaparro. En cuanto a las primeras se aduce también un remate efectuado el 18 de febrero de 1805, ante los Oficiales Reales, en Mompós, mediante el cual se adjudicaron a don Matías Gutiérrez de Piñeres, como mejor postor.

Procede examinar en primer término si están satisfechos los requisitos fundamentales y previos, en todo negocio de esta naturaleza, relativos a la determinación del terreno y a la superposición del mismo con las áreas de las propuestas que motivaron el pleito.

En concepto de la Corte es necesario distinguir entre la manera como se intentó determinar o, si se quiere, identificar, el globo de San Agatón y la manera como lo fue la finca de Chaparro.

Respecto del primero, pudieran aceptarse las conclusiones a que llega, en su parte motiva, la sentencia apelada porque efectivamente en la diligencia de inspección ocular se tuvieron a mano los datos sobre linderos, copiados en la relación del hecho 3º de la demanda, los cuales, a su turno, resultan concordantes con los que se expresan en lo inserto al tiempo de extender el acta de remate, contenida en una copia manuscrita antigua que puede leerse del folio 42 en adelante, cuaderno número 2 y que empieza así: "Pidió el don Matías se le pusiese de presente y se insertarse en este remate el deslinde de las tierras en que estaba situada dicha hacienda y hatillos, a lo que accedieron sus mercedes cuya demarcación es como sigue". Ello se cumplió ante los Oficiales Reales de Mompós el 18 de febrero de 1805, y entonces se adjudicó la tierra de San Agatón a don Matías Gutiérrez de Piñeres, según se anotó arriba. Aquella expresión de linderos es la misma que se transcribió en el referido hecho 3º de la demanda.

Consultando ahora el origen de los linderos del predio de Chaparro, o sea de dónde pudo haberse tomado los que figuran en el mismo hecho 3º de la demanda, en que se afirma que el propio funcionario llamado don Francisco de Orcasitas le dio en composición a doña Juana Ignacia Terán las tierras que allí se describen, resulta extraño no encontrar en ninguna parte que conste semejante cosa.

Antes por el contrario. Leyendo los documentos tomados en copia del Archivo Histórico Nacional, se viene a saber que surgió un conflicto o controversia entre las pretensiones de la señora Angela Rafaela de Torres viuda de don José Amate y las de doña Juana Ignacia Terán, por el motivo de que aquella suplicaba que se le adjudicaran tierras que nombran "Viloria y Chaparro", como lo explica en su larga exposición dirigida al Tribunal del Virrey, en que le dá cuenta también de haberse opuesto el apoderado de don José Fernando de Mier y Guerra a que se le adjudicaran a la señora de Amate tierras colindantes con las que éste poseía, en el punto del Pozo de las Tortugas, en las Sabanas de Calenturas. Dice el documento que "habiéndose mandado que en lo principal se ejecutase como por mi apoderado se pedía, y que en cuanto al **otrosí** diese traslado a don Jerónimo Marsín apoderado de la doña Juana Ignacia, respondió éste oponiéndose y resintiéndose a la pretensión y súplicas que puso el mio y pidiendo que se tuviera a dicha doña Juana Ignacia, su parte, por legítima denunciadora en tiempo y que corriese la providencia expedida porque aunque mi solicitud la fundaba en la anticipación de denuncio como quiera que de mi escrito no resultaban ni aparecían semejantes nombres de dichas tierras, que era el distintivo de ellas, parecia ser ajeno de la verdad el primer supuesto y por consiguiente sin sustancia cuanto en él se fundaba sin que pudiese servir de efigia (sic) el decir que estaban incluídas bajo los linderos nominados".

También declara la señora Angela Rafaela de Torres que, por el tiempo en que ella se presentó pidiendo la composición de las tierras de San Agatón, acudió a las autoridades españolas de la

Colonia "doña Juana Ignacia Terán madre de doña Juana de Dios de la Vega por medio de apoderado haciendo presente que al principio de este siglo se fundó en las sabanas de Calenturos por el Sargento Mayor don José Laguno, una hacienda de ganado vacuno y caballar que sin contradicción alguna habían estado poseyendo sus ascendientes hasta haber últimamente recaído en ella, como hija legítima de doña Teresa Laguna (sic) junto con los asientos o hatillos agregados que nombran Viloria y Chaparro las cuales dichas tierras pertenecían todas a Su Majestad por cuya razón, y la de haber tenido noticia de la citada Real Resolución (se refiere a la Cédula de San Lorenzo de 15 de octubre de 1754), deseando arreglarse a su contenido y aprovecharse al mismo tiempo del beneficio y gracia que Su Majestad franqueaba haciendo el denuncio en el modo correspondiente, etc." Y en otro lugar todavía es más clara esa controversia pues se lee: ".... y como la controversia sólo pudiera ser fundada entre la acción que pretendemos doña Juana Ignacia Terán y yo a las tierras nombradas Chaparro por postar promiscualmente (sic) en ella sus ganados desde luego me constituyo a ceder a la dicha señora doña Juana Ignacia las que necesita y ocupan los ganados que allí mantiene por la cantidad en que se me rematase para que de este modo no experimente con mi compra el perjuicio que recibirá de la arbitraria medida y linderos denominados (sic) al citado don José Fernando etc.".

Y leyendo hasta el final el documento de donde se han tomado los apartes copiados se advierte que aquel litigio no tuvo otra solución que la de haber ordenado el Tribunal del Virrey en Santa Fe a 27 de agosto de 1774 que repitieran las autoridades locales la mensura y deslinde de las tierras que pretendía doña Angela Rafaela de Torres, respetando la posesión que se le había dado a don José Fernando de Mier y Guerra, según el título que allí se menciona, por diez y seis caballerías que anteriormente le habían sido adjudicadas a dicho señor.

Es, pues, lo cierto que, ni en esa copia expedida por el Archivero Histórico Nacional en 1931, ni en los documentos posteriormente allegados al debate, se encuentran los linderos que permitieran determinar la finca de Chaparro. Tampoco está probado que a doña Juana Ignacia Terán se le hubiera dado en composición, y mucho menos por don Francisco de Orcasitas, las tierras de Chaparro según se afirma en el hecho tercero de la demanda, tantas veces citada, cuyos linderos indudablemente corresponde, palabra más o palabra menos, a los que inserta el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de El Banco, tomándolos de un poder que confirió doña Eloísa Germán Ribón de Geffriel a favor de don Roberto Germán Ribón el 26 de marzo de 1931. Y aunque es verdad que cuando se liquidó la sociedad "Ribón y Compañía", mediante la escritura pública número 19, otorgada en la Notaría de Mompós el 25 de julio de 1860, expresando en ella que al señor don José Germán Ribón se le adjudicaba por cuenta de su parte, además de un terreno en la plaza mayor de la ciudad de Mompós, "la hacienda de ganado vacuno y caballar situada en los terrenos de **Chaparro** distrito de La Jagua, estado del Magdalena", allí nada se dice sobre los linderos que permitieran determinar tal finca de Chaparro.

En el mismo certificado del Registrador, punto 4º, consta que el 23 de septiembre de 1941 se inscribió en el Libro de Registro Nº **2**, bajo el Nº 71, la escritura pública Nº 5 de 1º de marzo de 1854, pasada ante el Notario Público de Mompós, por medio de la cual se constituyó la compañía mercantil denominada "Ribón y Compañía", a la cual sociedad, por ser de carácter universal, aportó el socio Tomás Germán Ribón "todo su capital en fincas, créditos y efectos" y por consiguiente la finca de Chaparro.

En esta última escritura, que vino en copia antigua, papel sellado de la República de la Nueva Granada (folios 82 y 83 del cuaderno Nº 2) se lee que los señores Tomás Germán Ribón y sus legítimos hijos José y Martín Ribón, del vecindario de Mompós, "han convenido, y en consecuencia lo elevan a contrato, en formar una compañía mercantil denominada "Ribón y Compañía" cuya administración estará a cargo de todos tres socios, quienes en consecuencia usarán simultáneamente de sus firmas. Que para esta compañía Tomás G. Ribón introduce todo su capital en fincas, créditos y efectos según resulte del inventario que se practicará el 31 de marzo corriente conforme al valor que allí se les dé, en lo cual están conformes José y Martín G. Ribón".

Pero no se menciona para nada la finca de Chaparro, mucho menos sus linderos.

Entre los documentos catalogados por la demanda y presentados junto con ésta, figura el marcado con el ordinal 23º que dice: "Inventario oficial de la hacienda de Chaparro en 1832. Documento original en dos hojas".

Efectivamente de folios 52 a 53 del cuaderno

número 3 se encuentra tal inventario en papel simple que lleva al final esta nota: "Queda por la antecedente deducción reducida la suma de $ 13.022 a la de $ 12.222, con lo cual es concluido este inventario que firman los señores Tesorero de manumisión de este Cantón, y avaluadores nombrados junto conmigo como personero de los interesados en Chiriguaná a seis de octubre de 1832 años". Siguen las firmas autógrafas de Cayo C. Ribón, Pacho Sancho Blanco, Manuel José Pío del Río, (Tesorero de manumisión) y Julián Leiva; pero ni en ese documento ni en los que se refieren a la causa mortuoria de doña Juana de Dios de la Vega y partición de sus bienes, entre sus tres herederas, de que dá fe la escritura más antigua otorgada en la Villa de Santa Cruz de Mompós el 25 de agosto de 1816, ante el Alcalde Ordinario y Juez Cartulario don Juan Ardébol, aparece dato alguno que permita conocer cuáles fueron los linderos de la finca de Chaparro, cuya expresión ya muy moderna, es la que reproduce el citado punto 6º del certificado del Registrador de El Banco tomada de la escritura de poder Nº 2 otorgada el 26 de marzo de 1931, sin decir ante qué funcionario.

En la diligencia de inspección ocular sirvió para reconocimiento de los terrenos de Chaparro el dato que consigna el certificado del Registrador, y el Tribunal, conformándose con él, tuvo por bien determinada el terreno.

Sin embargo, ello no basta en sentir de la Corte para que pueda admitirse aquella determinación por lo que acaba de anotarse.

Superposición de áreas entre los terrenos de la demanda y los de las propuestas números 184 y 185.

En la segunda instancia no se produjo ningún elemento que permitiera variar las apreciaciones del fallo apelado respecto de este asunto; y se adiverte que fue admitida la interferencia relativa a la propuesta Nº 185; y rechazada la tocante con la propuesta Nº 184. Sin embargo, al revisar los motivos en que se funda aquella aceptación, descubre la Corte que el dictamen de los expertos, si bien absolvió el cuestionario a ellos sometido, resultó muy deficiente, porque se limitan a afirmar, de una manera demasiado general, que tal superposición existe indicando vagamente que ella está hacia la zona sur o meridional en la propuesta 185. Pero no consignan en su dictamen ningún dato que permita juzgar acerca de la manera como tal superposición se realiza, es decir, la magnitud y ubicación de la parte que a cada una de las fincas de San Agatón y de Chaparro se refiera la superposición por ellos aceptada. Con el agravante de que, no pudiéndose admitir que se satisfizo el requisito de la determinación de las tierras de Chaparro, tampoco hay medio para discernir cuál sea la zona que corresponde a la del globo de San Agatón, que sí fue bien determinado, y cuál a las del otro que no lo fue.

En este particular hay una deficiencia radical e insubsanable, pues la Sala entiende que ni en el interrogatorio para los peritos (incluído en la petición para la inspección ocular), ni en otra oportunidad, se les pidió a ellos que dictaminaran acerca de estos puntos, por lo cual no habría fundamento para pedirles oficiosamente la ampliación de su dictamen, ni mérito para decretar un auto para mejor proveer; porque no se está en presencia, ni de un dictamen deficiente, por lo que hace a las contestaciones dadas por ellos a lo que les solicitaron las partes, ni hay un punto oscuro o dudoso que pudiera aclararse mediante el auto para mejor proveer; cualquiera que fuera la actitud de la Sala, ante esta alternativa, se desembocaría inevitablemente en un medio para mejorar la prueba de la parte demandante y ello, como es obvio, está prohibido por la ley.

Resumiendo lo anterior se tiene:

1º—No habría inconveniente en reconocer que fueron determinadas las tierras de San Agatón y hatillos de Mechoacán y Palenquillo en la diligencia de inspección ocular y con el dictamen de los peritos;

2º—Pero no puede decirse lo mismo respecto de las tierras de Chaparro, pues los documentos que a ellas se refieren y en donde se hicieron constar linderos son muy modernos y en ningún caso concuerdan con las escasas referencias que contienen los documentos producidos en el siglo XVIII;

3º—Finalmente no quedó satisfecho el requisito de demostrar que las tierras de San Agatón están superpuestas con el área de la propuesta Nº 185, pues el dictamen pericial no suministra ningún dato literario o de orden técnico para determinar, sin necesidad de otro juicio, aquella superposición. Conviene agregar que a los peritos no se les pidió un croquis o gráfico, que permitiera apreciar objetivamente sus estudios y conclusiones, y que ellos tampoco realizaron un esfuerzo en este sentido, el cual le hubiera permitido a la Corte darse cuenta del problema y decidir acerca de él.

Como se ve, fracasa la demanda por falta de prueba del elemento relacionado con la superposición de áreas porque el dictamen pericial no satisface los requisitos legales en este punto y también porque la determinación de las tierras de Chaparro no pudo hacerse con arreglo a documentos en que consten hechos eficaces para producir la salida del terreno, del patrimonio del Estado al patrimonio particular, antes del año de 1873. Siendo así no hay mérito ni objeto para penetrar en el análisis acerca de las demás pruebas sobre dominio particular anterior a dicho año.

Sentencia:

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, aunque por motivos distintos de los expuestos en la sentencia apelada, CONFIRMA ésta en todas sus partes.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente oportunamente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La sociedad Chibcha Petroleum Company, domiciliada en Bogotá, formuló al Ministerio de Minas y Petróleos propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo nacional en un predio de 7.582.980 hectáreas, situado en la región de la quebrada Paká, en jurisdicción de los municipios de Ortega, San Luis y Guamo, Departamento del Tolima. Tal propuesta, que lleva el número 519 fue admitida por Resolución número 506 de 11 de julio de 1950.

En tiempo hábil el señor Jorge Lozano A., por conducto de apoderado, presentó oposición a dicha propuesta, y surtido el trámite correspondiente se decidió por el Ministerio suspenderla y pasar el negocio con todos sus antecedentes a la Corte para que, en juicio ordinario de única instancia se resuelva si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

Corrido el traslado de la demanda al señor Procurador Delegado en lo Civil, propuso éste la excepción dilatoria de inepta demanda, por cuanto en el libelo se impetraba la declaración de propiedad privada del "subsuelo" en general y no simplemente la del petróleo y sus derivados. La excepción prosperó, admitiéndose la demanda solamente en cuanto al subsuelo petrolífero.

Trabada luégo la litis, por la contestación de la demanda, en la que el demandado niega los hechos y el derecho invocados, el juicio siguió su trámite legal hasta ponerse en estado de recibir sentencia.

Los hechos en que el opositor funda sus pretensiones los expone así:

"**Primero.**—Que mi poderdante el señor **Jorge Lozano Arciniegas** es el actual poseedor inscrito de la finca denominada **Luisa García**, determinada al comienzo de esta oposición por su ubicación, extensión y linderos, y el dominio (sic) de ese inmueble en un lapso que excede el de la prescripción extraordinaria.

"**Segundo.**—Que el área de la mencionada finca queda comprendida dentro del perímetro de la propuesta número 519 de la **Chibcha Petroleum Company**, cuyos linderos aparecen publicados en el Diario Oficial número 27.418 de 20 de septiembre de 1950...

"**Tercero.**—Que el subsuelo de la finca llamada 'Luisa García' y el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que en aquél puedan encontrarse, son de propiedad privada de mi poderdante, por haber salido esa finca del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a título de justa prescripción originada en la posesión ininterrumpida de esa finca acompañada de su explotación económica, ésta con la imposición de capellanías y censos y el servicio de tales gravámenes por más de cincuenta años hasta su redención o extinción.

"**Cuarto.**—Que la tradición de la finca 'Luisa García', comprobada por una cadena perfecta de títulos, va de mi poderdante el señor **Jorge Lozano Arciniegas** a **Joaquín Arciniegas Tafur** y de éste a **Ignacio Cuéllar** y a sus antecesores **Rosa Cabrales** e **Inés Rodríguez.**

"**Quinto.**—Que los linderos de la finca '**Luisa García**' a través de toda su tradición, comprobada con las escrituras y documentos que se acompañan a esta oposición, son perfectamente identificables, pues se trata de líneas o linderos arcifinios inconfundibles: la quebrada El Chorro, la quebrada Pavá, el cerro Tomín, la quebrada El Higuá, la quebrada Chingualá, al cerro **Luisa García**, la quebrada Seca, la quebrada Chinguacía, el río Cucuana, la quebrada **Mal Nombre**".

Como queda anotado, al prosperar la excepción dilatoria propuesta por la Nación, las peticiones del opositor se concretaron: 1ª a que se declare que es de propiedad de Jorge Lozano Arciniegas,

y no del Estado, el petróleo y demás hidrocarburos que contenga el subsuelo de la finca Luisa García, ubicada en el municipio de San Luis, Departamento del Tolima, por los linderos señalados en la oposición. 2º Que en consecuencia, la exploración y explotación de los petróleos que se encuentren en tal inmueble no pueden contratarse con la Chibcha Petroleum Company en virtud de la propuesta número 519, ni con ninguna otra persona natural o jurídica, como si se tratase de terrenos cuyo subsuelo fuese de propiedad nacional.

A la oposición se acompañaron los documentos y escrituras públicas que aparecen en el cuaderno número 4; y durante el término probatorio del juicio se pidió la práctica de un dictamen pericial para que "de conformidad con los títulos que obran en el expediente, los peritos identifiquen la finca denominada 'Luisa García'... por los linderos señalados en la demanda" y se dictamine sobre la superposición del área objeto de la propuesta 519 en todo o en parte de la finca "Luisa García".

Son estos los elementos del juicio con cuyo examen se procede a fallar.

Personería

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, que obra a folios 72 a 79 del cuaderno número 4, demuestra el registro actual de la propiedad a favor del señor Jorge Lozano A. sobre las tierras llamadas "Luisa García", lo mismo que la tradición de ellas por más de treinta años. Las escrituras citadas en el certificado se encuentran en el mismo cuaderno. Con estos documentos se halla acreditado el interés jurídico del demandante en el pleito. La Nación ha estado representada debidamente por el Procurador Delegado en lo Civil.

Determinación de las tierras.

Como el hecho que se aduce para acreditar la propiedad privada del subsuelo petrolífero es el de la posesión ininterrumpida de las tierras, acompañada de la explotación económica, importa examinar —antes de entrar al estudio de la validez jurídica de los títulos antiguos aportados al juicio— si se encuentra acreditada la determinación precisa de las tierras que se dice fueron poseídas y explotadas económicamente por más de cincuenta años para derivar el derecho a ellas por justa prescripción. Tal examen ha de extenderse a la documentación antigua en cuanto ella dé a conocer la ubicación y límites de los terrenos que se dice fueron poseídos, para luégo ver si con medios probatorios idóneos se ha logrado establecer la identidad de aquellas tierras con las que actualmente son de propiedad del demandante Jorge Lozano A.

El documento más antiguo que trae el alindamiento de las tierras de "Luisa García" es el que contiene la petición del señor Ignacio Cuéllar al Alcalde Ordinario de Ibagué, en 1824 (f. 6), para que, medidas y alindadas las tierras que pertenecieron a su difunta madre, y previo pago o arreglo de los gravámenes que pesaban sobre ellas, se repartieran entre los cuatro herederos. La mensura y alindamiento copiados de esas diligencias son del tenor siguiente:

"Las tierras de 'Luisa García' de la pertenencia de la señora Rosa Corrales medidas con consentimiento de sus cuatro herederos por los señores Juan Romero, Ipólito Ospina, Miguel Ospina y Pedro José Rodríguez: desde el Alto del Cerro de 'Luisa García' al río Cucuana por toda la cuchilla tuvo 99 cabuyas:... río abajo a la boca de la Seca 102 cabuyas 6 varas; Seca arriba pasando por Comején a Mannombre 99 cabuyas 53 varas tres cuartos; Mannombre a la cabecera, y de ahí en línea recta al Alto del Cerro de "Luisa García" 75 cabuyas y 53 varas".

Ninguno de estos puntos de lindero se menciona en el alindamiento que trae el libelo de demanda. En efecto: en ésta se parte de un lindero que se encuentra en la cima del cerro que divide los terrenos de los Oyuelas y los de 'Luisa García'; de aquí en línea recta al oriente, a la boca de **El Chorro** en la quebrada de **La Pava**, esta quebrada arriba hasta un mojón de piedra a la orilla de la quebrada, de aquí hasta otro mojón en la cima del **Cerro**; de aquí, al sur, a otro mojón cercano al **Salto de la Calera**; luégo al oriente a un mojón al pie de un árbol de caracolí; de aquí al occidente, al **Salto de la Horqueta**, de aquí siguiendo los cercos del potrero de la Horqueta hasta donde ellos terminan en **una peña**; de aquí, siguiendo las **Peñas altas** a dar con la **unión de dos cerros**; de aquí siguiendo al sur, a la cima del cerro a dar al primer lindero.

El antiguo alindamiento de 1824, transcrito arriba, tampoco es ya el mismo que contiene la primera escritura de venta de las tierras de 'Luisa García' (de 4 de enero de 1845) a Joaquín Arciniegas (fs. 27 y 28). En esta venta, el primer punto de lindero citado es el cerro llamado **Tomín** y luégo los siguientes: el llamado **Piedra**

Negra, la quebrada **Chinguacila**; la quebrada **Chinguala**, **La Fava** y la quebrada **El Higua.**

Para establecer la determinación de las tierras objeto de la oposición, el apoderado de la parte actora pidió un dictamen pericial, para que "de conformidad con los títulos que obran en el expediente, los peritos identifiquen la finca denominada **Luisa García**, situada en jurisdicción de San Luis, por los linderos señalados en la demanda". Los peritos realizaron el estudio y rindieron el dictamen del caso. De ese trabajo puede observarse, sin embargo, que los peritos no tuvieron en cuenta ninguno de los títulos aportados al juicio, reciente o antiguo, para confrontar los diversos puntos y linderos de las tierras. "Para la identificación de la hacienda 'Luisa García' —dicen— tomamos como base un plano de dicha hacienda... elaborado en 1942... por los ingenieros de la Richmond Petroleum Company of Colombia". En seguida, según el acta, hicieron una reducción de dicho plano para superponerlo a una carta del Instituto Geográfico del Ministerio de Hacienda y luégo al observar que en esa carta se encuentra marcada la escuela 'Luisa García", procedieron a localizar el área de la hacienda en cuestión, pues por los detalles marcados en el plano de la Richmond y los que aparecen en la plancha del Instituto encontraron la coincidencia de dos linderos el noroeste y el suroeste— lo que les permitió localizar en esta última plancha la hacienda.

Refiriéndose a tal dictamen, la parte demandada alega que "de ninguna manera habría quedado identificado el predio materia de la oposición desde una oficina de ingenieros de Bogotá, a muchas leguas de distancia, reconociéndolo por fotografía, sobre un plano de propiedad del demandante, no aducido siquiera como prueba ni sometido, por tanto, al reconocimiento y consideración de la contraparte". El reparo tiene fuerza legal. El plano de la Richmond no se adujo al juicio en las oportunidades que la ley señala para que pudiera tenerse en cuenta como prueba. Tampoco lo fueron las planchas del Departamento Geográfico del Ministerio de Hacienda, no certificadas, a las que se superpuso la copia reducida del plano de la Richmond. Ellos fueron presentados o mejor acompañados al dictamen pericial. Por consiguiente, tales elementos, así producidos, no son medios probatorios legales sino simples instrumentos de información particular de que se sirvieron los peritos para expresar sus conceptos a través de inferencias o deducciones basados en ellos. De ahí que la conclusión de que la hacienda "Luisa García" quedó perfectamente identificada resulte inconsistente para dar por demostrado el presupuesto de la determinación precisa de las tierras objeto del pleito, por las siguientes razones: porque no se cumplió lo ordenado en el auto que decretó la prueba, a saber: "que de conformidad con los títulos que obran en el expediente" se identificara el terreno en litigio; porque no se contempló la indispensable relación que pudiera haber entre el terreno de la propiedad actual y el que relacionan los títulos antiguos. Y ya se vio cómo existe una diferencia sustancial entre los linderos de 1824, los de 1845 y los copiados en el libelo de demanda, sin que haya en el dictamen o en el expediente explicación alguna sobre tan importante aspecto de la identificación, quedando por tanto en el ánimo del juzgador la duda no despejable de si la actual hacienda "Luisa García" es parte de los terrenos primitivamente alindados, si puede hoy localizarse dentro de ellos, etc. No existe pues una determinación del predio que se disputa al Estado en la oposición a la propuesta 519.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º—Niéganse las declaraciones impetradas por el señor Jorge Lozano A. en la demanda de oposición base del presente juicio.

2º—ABSUELVESE a la Nación de los cargos formulados.

3º—Costas a cargo del demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis Enrique Cuervo — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda. — El Secretario, **Jorge García Merlano.**

EJERCICIO DE LA ABOGACIA. — SE SANCIONA A UN ABOGADO POR FALTAS COMETIDAS EN SU EJERCICIO PROFESIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

Revisa la Corte, en grado de consulta, la providencia de fecha cinco de mayo del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previos los trámites de un juicio sumario, "Sobresee definitivamente en favor del doctor Alvaro Mojica Rivadeneira por los cargos que le formuló el doctor Pedro Buitrago Gallo".

El doctor Buitrago Gallo dirigió al Procurador General de la Nación, el 1º de octubre de 1953, el siguiente memorial:

"Yo, **Pedro J. Buitrago Gallo**, abogado en ejercicio, de esta vecindad y residencia, atentamente pongo en su conocimiento algunos hechos cometidos por el doctor Alvaro Mojica Rivadeneira, actual Magistrado de lo Contencioso Administrativo de Ibagué, en la época en que ejercía su profesión de abogado en esta ciudad.

"Los hechos son los siguientes:

"1º—Con poder de María Ignacia Rodríguez de Tovar y con base en un documento suscrito por el señor Efraim Mojica A., inicié en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá en el año de 1951 un juicio ejecutivo contra el citado señor Mojica, para reclamarle el pago de una deuda a su cargo en cuantía de más de veinte mil pesos;

"2º—Previamente solicité y obtuve el embargo de una finca rural de propiedad del ejecutado, sita en el municipio de Maripí, matriculada con el nombre de **Yanaca**;

"3º—Ese embargo fue registrado en la Oficina de Registro de Chiquinquirá el día 20 de abril de 1951 con el número 19;

"4º—Posteriormente, con poder del señor Graciano García R., inicié contra el mismo señor Mojica un juicio especial de venta y adjudicación de bienes hipotecados. La acción se instauró en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá.

"5º—El señor Juez, doctor Aparicio Gil, libró el oficio número 314 de fecha 29 de mayo de 1951 para comunicarle al Registrador de Chiquinquirá la novedad del embargo, y a ese funcionario hice entrega del documento, pero me manifestó que consideraba innecesario hacer el correspondiente registro, por cuanto el mismo bien ya estaba embargado (dentro del juicio de la señora de Tovar), cosa que a mí me constaba naturalmente;

"6º—No insistí en consideración a que yo tenía el control de ambos negocios y a que confiaba en la rectitud del demandado, y los dos negocios contra el señor Mojica continuaron su normal tramitación;

"7º—En febrero de 1953 el señor Mojica y su hijo y apoderado, doctor Alvaro Mojica R., manifestaron interés en terminar los juicios por pago. Acepté desde luego y los Mojicas consignaron en el Banco de la República el día 11 de febrero de 1953, a órdenes del Juzgado 8º Civil del Circuito, la suma de $ 49,007.54, valor total del crédito hipotecario a favor de García;

"8º—Se presentó el memorial de ofrecimiento de pago de la obligación y el señor Juez aceptó ese desistimiento por medio de auto de fecha 11 de febrero de 1953 que ponía fin al juicio. El compromiso de los Mojicas era proceder en seguida a la transacción del ejecutivo de que era actora la señora Rodríguez de Tovar, representada por mí;

"9º—No ocurrió de esa manera, pero el asunto no me inquietó puesto que sabía que estaba registrado el embargo de la finca, y que lo estaba precisamente por razón de ese juicio, ya que, como lo relaté en el punto 5º, el propio Registrador me había dicho que no registraba el que tenía origen en el Especial de Venta;

"10º—Transcurrido algún tiempo, me enteré de que la finca materia del embargo había sido enajenada a J. Alejandro Flórez con fecha 28 de enero de 1953 y que la venta se había registrado. Más tarde mis averiguaciones me permitieron saber cómo se había procedido por parte del doctor Alvaro Mojica R.

"Una vez hecha por él la consignación de la suma necesaria para transigir el juicio especial de venta, es decir, cuando ya sabía que ese ne-

gocio iba a terminar en el curso de horas, **pidió al Juzgado una nueva comunicación dirigida al Registrador de Chiquinquirá para hacerle saber el embargo de la finca.** El Juez, sin comprender que era insólita esta actitud por parte de un demandado que ningún interés honesto podía tener en ese registro, máxime en vísperas de que se diera por terminado el juicio, libró el despacho, y el día 17 de febrero de 1953, un recomendado del doctor Mojica lo entregó al Registrador y exigió que sentara la partida correspondiente. Como los embargos producidos en juicios con acción real **anulan automáticamente** (artículo 1189 del C. J.) cualquier otro que exista con base en una acción personal, es claro que el primer embargo, el hecho en el ejecutivo de la señora Rodríguez de Tovar, **quedó cancelado**, y en cambio, el segundo, el hecho en el Especial de Venta, quedó vigente.

"Pero cuando el registro se hizo ya el negocio correspondiente **había terminado,** puesto que el auto que en ese sentido dictó el Juez, lleva fecha 11 de febrero, esto es, se produjo seis días antes.

"Todo esto puede resumirse así: El apoderado del demandado hizo registrar el embargo del juicio Especial de Venta, **después de la terminación de ese juicio** con el único objeto de lograr que quedara cancelado el embargo del juicio ejecutivo. Después hizo la otra cancelación (febrero 19 de 1953), cosa muy fácil puesto que había pagado, y la finca quedó libre. Hizo registrar entonces una venta que había hecho desde el 20 de enero de 1953 (escritura 86 de 28 de enero, Notaría Facatativá) y en esa forma muy ingeniosa, pero muy poco limpia, burló los intereses de su ejecutante, señora de Tovar.

"11º—Cuando me dí cuenta de la inaudita maniobra con que se había burlado mi buena fe, escribí una carta al doctor Mojica, ya para esa época Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué, para echarle en cara su proceder y para pedirle que arreglara el valor de la deuda de la señora de Tovar. Naturalmente en esa carta le hago saber mi determinación de acudir ante la Justicia en defensa de los intereses de mi mandante. No entendí esa actitud mía como una amenaza, sino simplemente como un nuevo y caballeroso esfuerzo de mi parte para que la persona que me otorgó su confianza al nombrarme apoderado en el juicio ejecutivo, no quedara en la miseria por el truco rabulesco de un abogado con pocos escrúpulos. Hago conocer del señor Procurador la copia de mi carta;

"12º—Mojica me contestó el insolente telegrama que también en copia acompaño a este escrito. A su consideración someto los términos de esa respuesta. No sé si quien procedió con tan total olvido de la Etica tiene derecho a mostrarse arrogante y amenazador con sus víctimas.

"Como la comisión de los hechos anteriores puede imputarse al doctor Alvaro Mojica Rivadeneira, quien los ejecutó cuando ejercía la profesión, considero que el asunto debe someterse al H. Tribunal Superior de Cundinamarca para que aplique el procedimiento especial que para estos casos estableció la Ley 69 de 1946, en sus artículos 8º y ss.

"La falta cometida es exactamente la prevista en el artículo 10º, ordinal 3º de la Ley 21 de 1931.

"La solicitud la formulo por conducto de la Procuraduría, en atención a la circunstancia de que el doctor Mojica Rivadeneira es hoy Magistrado de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el de Ibagué, y considero conveniente que usted, como Jefe del Ministerio Público, sepa lo que ocurrió.

"Agrego a mi memorial los siguientes documentos:

"1º—El certificado número 202 de la Oficina de Registro del Circuito de Chiquinquirá y su complemento;

"2º—Una carta (en copia) que dirigí al doctor Mojica Rivadeneira;

"3º—El telegrama que en respuesta recibí;

"4º—Un certificado del señor Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá;

"5º—Un certificado del Registrador del Circuito de Chiquinquirá, en el cual consta de qué manera llegó a esa Oficina la orden de embargo y la de cancelación".

Por conducto del Fiscal Segundo, el anterior memorial fue enviado al Tribunal Superior de Bogotá, el cual, previo juramento prestado por el doctor Buitrago Gallo, resolvió abstenerse de dar curso a la querella por carecer el doctor Buitrago Gallo de personería para formularla (auto de febrero 8 de 1954). Posteriormente, la señora María Ignacia Rodríguez de Tovar, en memorial presentado personalmente el 5 de marzo siguiente, ratificó todo lo afirmado y dicho por el doctor Buitrago y ofreció prestar el juramento del caso para que se diera al negocio la tramitación correspondiente. Prestado en efecto el juramento en la misma fecha, el Tribunal ordenó dar traslado del expediente al doctor Mojica Rivadeneira, quien lo contestó en los siguientes términos:

"**Al hecho primero:** Lo acepto, menos en cuanto hace relación a la cuantía de la demanda, que, conforme a certificación expedida por el Juzgado del conocimiento y que adjunto, es tan sólo de catorce mil pesos ($ 14.000.00) m. c. y no de veinte mil pesos ($ 20.000.00) m. c. como lo afirma el querellante. Existe, es verdad, una tercería pero su cuantía es apenas de ochocientos pesos ($ 800.00) m. c.

"**Al hecho segundo:** No es verdad. La finca que se embargó previamente como de propiedad del ejecutado, no fue la denominada 'Yanacá', sino la de nombre 'Moldiviá', situadas en veredas y jurisdicciones diferentes, si bien ambas de propiedad de la parte ejecutada. Posteriormente, es decir, una vez que se decretó el embargo preventivo de la finca llamada "Moldiviá', se embargó la finca denominada 'Yanacá', lo que sucedió después de la intimación del mandamiento ejecutivo.

"**Al hecho tercero:** No sé con precisión la fecha en que se haya registrado el referido embargo.

"**Al cuarto:** Es cierto, pero aclaro que la hipoteca sobre la finca 'Yanacá' a favor del señor Graciano García, fue constituida con anterioridad al embargo decretado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, como es obvio, porque de lo contrario no se hubiera podido registrar el gravamen.

"**Al hecho quinto:** Nada me consta al respecto, pues no se trata de un hecho personal mío.

"**Al hecho sexto:** Nada me consta al respecto, pero considero oportuno aclarar que el doctor Buitrago Gallo, en guarda de los intereses de sus clientes, ha debido tener presente, como profesional que es, lo que sobre el particular dispone el artículo 1198 del C. J. Esta actitud del doctor Buitrago Gallo dio como resultado la siguiente situación jurídica que con toda consideración someto al ilustrado criterio del H. Tribunal: la finca 'Yanacá' quedó **embargada por el Juzgado Tercero** en el juicio ejecutivo seguido por **María Ignacia Rodríguez de Tovar y secuestrada en el juicio de venta del bien hipotecado seguido por Graciano García** ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, contraviniéndose lo dispuesto por la norma citada. A esta situación se llegó por cuanto el doctor Buitrago Gallo no quiso registrar el embargo decretado en el juicio de venta, embargo que automáticamente cancelaba el ordenado en el juicio con acción personal seguido ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá. Considero que era deber ineludible del querellante hacer registrar el embargo decretado en el juicio de venta, ya que de esta manera se daba cumplimiento a una providencia necesaria para el correcto y normal desenvolvimiento del proceso. No se hizo así y entonces se iba a ordenar el remate, por sentencia, de una finca que no se hallaba previamente embargada, como perentoriamente lo manda el artículo 1189, inciso 3º del C. J.

"**Al hecho séptimo:** No es cierto en la forma como se expone en la queja. No recuerdo haber tenido ninguna clase de conversación con el doctor Buitrago Gallo. Aclaro: en mi condición de apoderado del señor Efraím Mojica pedí directamente al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá procediera a verificar la liquidación del crédito hipotecario, realizado lo cual consigné en el Banco de la República, a órdenes del Juzgado Octavo Civil del Circuito, la suma de cuarenta y nueve mil siete pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 49.007.54) m. c. a que ascendió la liquidación. Aclaro finalmente que la única conversación que recuerdo haber tenido con el doctor Buitrago Gallo se relacionó exclusivamente con el examen de las cuentas rendidas por el secuestre de apellido San Pedro, nombrado directamente por el citado Buitrago en el juicio de venta de la finca 'Yanacá'.

"**Al hecho octavo:** No es verdad. No hubo tal desistimiento. Hecha la liquidación del crédito, consigné, como antes lo digo, su valor total y pedí al Juzgado declarara terminado el juicio por pago efectivo de la obligación demandada. Lo que así sucedió mediante providencia que me parece lleva la fecha indicada por el doctor Buitrago Gallo. En cuanto al compromiso de cancelar el crédito a favor de la señora María Ignacia Rodríguez de Tovar, aclaro que yo ningún compromiso podía adquirir, puesto que no soy el deudor. Atendiendo las instrucciones de mi poderdante señor Efraím Mojica, solicité al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, la liquidación del crédito allí demandado.

"**Al hecho noveno:** Es verdad que el crédito a favor de la señora María Ignacia Rodríguez de Tovar no se ha cancelado hasta la fecha debido exclusivamente a que mi padre y poderdante señor Efraím Mojica sufrió en el mes de marzo de 1953 un derrame cerebral que lo dejó físicamente incapacitado, pues se halla reducido al lecho, privado del uso de la palabra y paralizado, accidente que, como es apenas natural, lo ha impo-

sibilitado para cumplir en oportunidad sus compromisos. Pero no acierto a comprender cuál haya sido el perjuicio que mi padre le haya ocasionado a los intereses de la señora María Ignacia Rodríguez de Tovar, poderdante del doctor Buitrago Gallo, ya que en el juicio seguido ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, se hallan embargados bienes que considero responden del crédito. Además mi padre no se halla en insolvencia, ya que tiene en la actualidad otros bienes raíces y cuentas bancarias.

"Para demostrar el accidente sufrido por mi padre, pido respetuosamente se cite a los doctores Alfonso Ramírez Gutiérrez y Juan Consuegra, quienes atendieron a mi padre en el hospital de San José de la ciudad de Bogotá. Acompaño, además, los certificados expedidos por eminentes profesionales de esta ciudad, quienes, igualmente, lo han estado atendiendo en esta penosa enfermedad.

"En cuanto hay más bienes embargados que respaldan el crédito, lo compruebo con el certificado expedido por el señor Juez del conocimiento, el cual adjunto.

"**Al hecho décimo**: La afirmación hecha por el doctor Buitrago Gallo en este punto carece de toda veracidad, en cuanto hace relación a que él se enteró posteriormente a la cancelación del crédito hipotecario de la venta de la finca 'Yanacá', materia del embargo. El 6 de septiembre de 1952, mi padre, en asocio del señor Alejandro Flórez (posterior comprador de la finca 'Yanacá'), estuvo en la oficina del doctor Buitrago Gallo en Bogotá, situada en el tercer piso del Edificio Vásquez, calle 13, número 9-20, con el fin de manifestarle, como hombre honrado, que la única manera de pagar el crédito hipotecario a favor de Graciano García era vendiendo la finca gravada; que al respecto tenía adelantadas algunas conversaciones con el señor Alejandro Flórez y su esposa María Angel de Flórez, quienes se encontraban presentes. Al doctor Buitrago Gallo le pareció muy buena la idea y ofreció sus servicios profesionales para confeccionar la respectiva promesa de contrato lo que así se hizo en su propia oficina —cobrando dicho abogado una suma elevada, muy por encima de la acostumbrada como honorarios en esta clase de documentos—. Esta conducta sí la pongo de presente para que la examine el H. Tribunal.

"Lo anterior lo compruebo con las declaraciones del señor Alejandro Flórez M. y su esposa María Angel de Flórez, quienes residen actualmente en la población de San Francisco (Cundinamarca), a quienes solicito se les reciba declaración. Me veo en la imposibilidad de adjuntar en este escrito las aludidas declaraciones, debido a que en la actualidad desempeño el cargo de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, cargo que exige mi continua presencia en esta ciudad.

"En cuanto a la fecha del otorgamiento de la escritura a favor del señor Alejandro Flórez, no sé si sea la citada en el memorial de queja, pues en tal acto no intervine para nada.

"Por lo que hace a las demás afirmaciones contenidos en este punto, me permito hacer las siguientes aclaraciones: por auto de once de febrero de 1953, según cita del denunciante, el Juzgado, a virtud del pago hecho por mi representado, dio por terminado el juicio de venta y consecuencialmente ordenó la cancelación del embargo ya decretado y el levantamiento del secuestro. Y por petición mía se ofició al Juzgado Tercero Civil del Circuito, informando que en el juicio de venta no había quedado ningún remanente que poner a su disposición respecto del juicio seguido por María Ignacia Rodríguez de Tovar, hecho del cual tuvo conocimiento el doctor Pedro Buitrago Gallo.

"En firme la providencia citada, y con el fin de dar cumplimiento a ella, solicité el oficio de desembargo. Al llevarlo a la Oficina de Registro de Chiquinquirá, el Registrador me informó que no podía darle cumplimiento a dicho oficio, ya que la finca no se hallaba embargada en el juicio de venta (pero sí se había secuestrado), circunstancia inexplicable ya que el Juez había ordenado su embargo y el oficio respectivo se le había entregado al doctor Buitrago Calle, como consta en el expediente. Entonces con el fin de poder dar cumplimiento al auto de fecha 11 de febrero, pedí al Juzgado hiciera efectivo el embargo ya decretado dentro del juicio, lo que así se hizo **repitiendo** el oficio que ya se le había entregado al querellante. El haber procedido en esta forma tiene una plena justificación, comoquiera que habiéndose cubierto el valor del crédito hipotecario era lo natural que la finca gravada quedara libre de cualquier limitación.

"Yo pregunto: ¿cuál de estas dos actitudes es más honesta, la del apoderado que solamente se limita a **hacer cumplir** providencias dictadas en un juicio, o la del profesional que intencionalmente se abstiene de **cumplirlas** (guardarse el oficio de embargo y no hacerlo registrar oportunamente) con grave perjuicio para los intereses

de su cliente? Insisto en que solamente hice cumplir autos que llevaban el sello de su ejecutoria, y, por ende, de forzoso cumplimiento.

"Debo aclarar finalmente: a) La venta de la finca fue hecha directa y personalmente por el señor Efraím Mojica, en su condición de dueño, al señor Alejandro Flórez y esposa; b) No es verdad que yo haya hecho registrar la escritura que dé cuenta de dicha venta; fue el comprador, como era de su resorte, quien realizó tal acto; c) Mi intervención en el negocio quedó terminada cuando se declaró extinguido el juicio de venta; d) El otorgamiento de la dicha escritura y su registro, fueron actos de terceras personas en los cuales no tuve ninguna participación, y de los cuales no puedo ser responsable en manera alguna.

"Al **hecho décimo primero**: Es verdad que recibí en esta ciudad la referida carta y de su contenido deduje que se trataba lisa y llanamente de un clásico chantaje, ya que existía amenaza con condición y cobro de una deuda que no se hallaba a mi cargo. Mi condición de hombre honrado me impulsó a dar respuesta en los términos en que lo hice, actitud que ratifico hoy".

Practicadas las pruebas pedidas por el Fiscal y oído el concepto de éste, el Tribunal dictó la providencia que se revisa, la cual se basa en "que el querellante no tiene razón para atribuir a falta contra la ética profesional la actitud del doctor Mojica Rivadeneira, quien no hizo otra cosa que hacer inscribir —por haberse abstenido de hacerlo el doctor Buitrago Gallo— la orden de embargo en el juicio de venta para poder conseguir su ulterior cancelación por haber terminado el juicio de venta mediante la cancelación del crédito hipotecario.

"Carece igualmente de razón el querellante cuando afirma que la falta cometida por el doctor Mojica Rivadeneira 'es exactamente la prevista en el artículo 10, ordinal 3º de la Ley 21 de 1931, es decir 'haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley'.

"Es infundado el cargo por dos razones: primera, porque la terminación del embargo en el juicio ejecutivo de la señora de Tovar no era el resultado de una acción fraudulenta, sino consecuencia ineludible del embargo decretado en el juicio de venta promovido, como el anterior, por el mismo doctor Buitrago Gallo, y segundo, porque el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá certifica con fecha 6 de julio de 1954 que en el juicio ejecutivo de María Ignacia Rodríguez de Tovar contra el señor Efraim Mojica 'se decretó el embargo, entre otros bienes, del inmueble denominado 'Maldivié' vereda de 'Honda', situado en jurisdicción del municipio de Bellavista, embargo del cual tomó nota el Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá el 3 de 1951, tomo 1º, folio 231, partida 65 y su avalúo fue también decretado".

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Corte, solicita se revoque la providencia consultada para que en su lugar se apliquen al doctor Alvaro Mojica Rivadeneira las sanciones de que trata el artículo 8º de la Ley 69 de 1945, fundándose para ello en las siguientes razones:

"Ninguna disposición legal prohibía al doctor Mojica pedir y obtener la inscripción del embargo de la finca 'Yanacá', ni ello constituía un acto ilícito, pues el embargo estaba ordenado por el Juez; pero las circunstancias que lo rodearon y la finalidad perseguida ponen de manifiesto que fue una actividad desviada de los fines propios de la profesión, un acto contrario a la delicadeza y decoro profesionales. ¿Cómo se explica que la misma parte demandada en un juicio de venta pida que se inscriba el embargo de la finca el día anterior a la terminación del juicio por pago voluntario de la acreencia? No otra finalidad buscaba el doctor Mojica Rivadeneira al proceder de esta manera, sino la de obtener, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 1198 del C. J. que dice que el embargo y secuestro decretados en el juicio de venta de bienes hipotecados ponen fin a los efectuados en el juicio ejecutivo por acción personal, la cancelación del embargo de dicha finca en el juicio ejecutivo intentado por la señora de Tovar, y después la cancelación en relación con el mismo juicio de venta, pues ya estaba terminado, y, como consecuencia de todo, poder luégo transferir, sin obstáculo alguno, el dominio del inmueble, como al efecto se hizo.

"Si, fuera de la finca 'Yanacá', no hubieran estado embargados en el juicio ejecutivo otros bienes del deudor, con este proceder del doctor Mojica habría quedado desamparada la acreencia y hubieran quedado burlados los intereses de la ejecutante, porque, obtenido el desembargo de la finca 'Yanacá', tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio de venta, el doctor Mojica logró lo que en último término se proponía: transferir el dominio de dicha finca. En efecto pocos días después (el 20 de febrero de 1953) hizo re-

gistrar la escritura número 66 del 28 de enero de ese mismo año por la cual se enajenaba "en favor del señor José Alejandro Flórez" el inmueble denominado 'Yanacá'".

Para resolver se considera:

Con los varios certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, y de los jueces 3º y 8º Civil del Circuito de Bogotá y con la inspección ocular practicada en el último por el Juez 7º Superior, comisionado al efecto por el Tribunal, se halla demostrado en el juicio:

1.—Que por escritura número 216, de fecha 29 de agosto de 1950, de la Notaría de Chía, el señor Efraím Mojica, hipotecó en favor de Graciano García la finca **Yanacá**, con hipoteca de segundo grado, para garantizarle el pago de la suma de $ 23.000.00.

2.—Que el 20 de abril de 1951 fue registrado en Chiquinquirá el despacho número 159 de fecha 17 del mismo mes, sobre embargo de la finca **Yanacá** en el juicio ejecutivo con acción personal que ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá adelantaba el doctor Pedro J. Buitrago Gallo, como apoderado de la señora María Ignacia Rodríguez de Tovar, contra el señor Efraím Mojica.

3.—Que el mismo doctor Buitrago Gallo, como apoderado de Graciano García, inició posteriormente juicio de venta contra Efraím Mojica ante el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá. En este juicio se comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá el embargo de la finca hipotecada **Yanacá** por oficio número 314 del 29 de mayo de 1951, "el que fue devuelto sin registrar por estar la finca embargada por cuenta de otro juicio".

4.— Que por auto de 23 de agosto de 1951, el Juzgado 8º dispuso "oficiar al mismo Registrador ordenando la inscripción del embargo de la finca dicha, si en el juicio en que se comunicó el primer embargo se ejercitaba únicamente la acción personal".

5.—Que este auto sólo vino a tener cumplimiento en febrero de 1953, cuando el doctor Mojica Rivadeneira, apoderado del demandado, retiró del Juzgado el oficio número 96, de fecha 10 del mismo mes, dirigido al Registrador de Chiquinquirá, quien efectuó el registro del embargo de la finca **Yanacá** en el juicio hipotecario, dejando sin efecto, conforme al artículo 1198 del C. J., el anterior embargo en el ejecutivo de la señora de Tovar.

6.—Que para aquella fecha estaba siendo terminado el juicio hipotecario por pago de la deuda, y el día 11 del mismo mes de febrero de 1953, el Juzgado 8º dispuso, junto con otras medidas, la cancelación del embargo y del gravamen hipotecario que pesaba sobre la finca **Yanacá**. Así se comunicó al Registrador de Chiquinquirá en oficio número 113 de fecha 19 del mismo mes de febrero. El propio doctor Mojica Rivadeneira recibió este oficio para serle entregado al Registrador, quien así canceló el embargo que pocos días antes había inscrito.

7.—Que por escritura número 86 de fecha 28 de enero anterior, otorgada en la Notaría de Facatativá, Efraím Mojica y Eva Rivadeneira de Mojica habían vendido al señor José Alejandro Flórez la finca **Yanacá**. De modo que por haber quedado esta finca libre de todo embargo tanto en el ejecutivo —por el registro del decretado en la acción hipotecaria— como en el juicio de venta que había terminado por pago, la escritura número 86 pudo ser registrada el día 20 del mismo mes de febrero.

8.—Que en los dos juicios, el doctor Buitrago Gallo era apoderado de los demandantes, Graciano García y señora de Tovar, y el doctor Mojica Rivadeneira era apoderado de su padre señor Efraím Mojica.

9.—Que la providencia del Juzgado 3º, mediante la cual terminó el juicio hipotecario y se decretó el desembargo de la finca **Yanacá**, se notificó no sólo por estado sino personalmente a los doctores Buitrago y Mojica, pues la firma de ambos abogados aparecen en la diligencia de notificación de fecha 13 de febrero de 1953.

Se pide en la querella que se aplique al doctor Mojica la sanción establecida en el ordinal 3º del artículo 10 de la ley 21 de 1931, según el cual puede cancelarse la matrícula de un abogado cuando éste ha intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona.

Debe observarse, en primer lugar, que legalmente hablando era el apoderado del demandante quien debía tener interés en que se registrara el embargo de la finca hipotecada. El doctor Buitrago afirma que no había insistido en el registro del embargo por estar la finca embargada en el ejecutivo de la señora de Tovar y ser el doctor Buitrago apoderado de los demandantes en ambos juicios. De otro lado, no se encuentra satisfactoria la explicación que da el doctor Mojica acerca de la acuciosidad con que procedió al reclamar de la Secretaría del Juzgado 8º la nota de embargo cuando ya el juicio había terminado

por pago, y luégo la de cancelación del embargo mismo, cuando ya éste había producido el efecto legal de poner fin al que se había decretado en el ejecutivo de la señora de Tovar. Dice el doctor Mojica que su actividad se debió a que "se iba a ordenar el remate de una finca que no se hallaba previamente embargada, como perentoriamente lo manda el artículo 1169, inciso 3º, del C. J." "Entonces, con el fin de poder dar cumplimiento al auto de fecha 11 de febrero, pedí al Juzgado hiciera efectivo el embargo ya decretado dentro del juicio, lo que así se hizo repitiendo el oficio que ya se le había entregado al querellante. El haber procedido en esta forma tiene una plena justificación, conoquiera que habiéndose cubierto el valor del crédito hipotecario, era lo natural que la finca gravada quedara libre de cualquier limitación".

Muy poco satisfactorios son estos descargos, pues aparece inexplicable el celo del apoderado del demandado para que no se rematara una finca sin estar registrado su embargo, máxime si se tiene en cuenta que ello vino a ocurrirle al doctor Mojica cuando ya el juicio terminaba, no con el remate de la finca, sino con el pago de la deuda. Por otra parte, es evidente que aunque el Juez, en la providencia de 11 de febrero en que declaraba terminado el juicio por pago efectivo, debía decretar la cancelación del embargo, si éste no se había registrado ninguna necesidad había de cancelarlo, a no ser que alguna finalidad se persiguiera con ello. Finalidad que aparece de manifiesto si se tiene en cuenta que días antes, el 28 de enero, el deudor había firmado la escritura número 86 vendiendo la finca Yanacá al señor Flórez, la cual sólo pudo registrarse el 20 de febrero, después de cancelado ese mismo día el embargo en el juicio hipotecario, también registrado posteriormente a la venta.

Es cierto que el doctor Mojica niega haber tenido participación en los actos de enajenación de la finca y que en este juicio no aparece prueba ninguna de esa participación; pero sí, de un lado, como se ha dicho, no son satisfactorias sus explicaciones referentes a la actividad que desplegó, ya terminado el juicio, para que se registrara el embargo y luégo su cancelación, y si por otra parte, dadas las circunstancias, no puede desconocerse la conexión existente entre esos actos y el registro de la escritura mediante la cual el padre del abogado doctor Mojica enajenaba la finca que antes había estado embargada en el juicio ejecutivo de la señora de Tovar, es preciso llegar a la conclusión de que esta actividad del abogado no se ciñe a las reglas del decoro y de la moral profesional.

Mas, como esta actividad no fue fraudulenta ni oculta, sino que de ella tuvo o debió haber tenido conocimiento el doctor Buitrago, apoderado de la señora de Tovar, tanto por haber sido notificado legalmente de las providencias judiciales que decretaron el embargo y el desembargo, cuanto por su intervención en la venta de la finca si se atiende al relato que hace en su declaración el comprador señor Flórez, la sanción aplicable no es la prevista en el ordinal 3º del artículo 10 de la ley 21 de 1931, sino las señaladas en el artículo 9º de la ley 69 de 1945 para las faltas graves cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión.

La providencia consultada, debe pues, revocarse para imponer en cambio al abogado doctor Mojica la sanción correspondiente. Debe además ordenarse la investigación de la conducta del abogado doctor Buitrago Gallo para que explique su actuación simultánea como apoderado de la señora de Tovar en un juicio ejecutivo en que embargó la finca Yanacá, y luégo como apoderado del señor Graciano García en el juicio de venta de la cosa hipotecada, que es la misma Yanacá, pues hay incompatibilidad en el ejercicio de las dos personerías: la de la acción personal y la de la acción hipotecaria: porque resulta inevitable que al ejercer la acción hipotecaria, a causa de los privilegios que la ley concede a ésta, se perjudiquen los intereses de su primer mandante. También debe averiguarse la conducta del abogado doctor Buitrago Gallo en la intervención que el comprador de la finca Yanacá señor Flórez le atribuye.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el sobreseimiento consultado y en su lugar,

RESUELVE:

1º — Impónese al señor doctor Alvaro Mojica Rivadeneira una multa de quinientos pesos ($ 500) m. c. en favor del Tesoro Nacional.

2º—Por el Tribunal Superior de Bogotá se sacará copia de lo conducente para la investigación oficiosa de la conducta del abogado doctor Pedro J. Buitrago Gallo, mediante los trámites del juicio sumario previsto en los artículos 8º y 9º de la Ley número 69 de 1945.

Publíquese, notifíquese, comuníquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Manuel Francisco Medina M., Oficial Mayor.

CANCELACION DE UNA MATRICULA DE ABOGADO POR FALTAS GRAVES CONTRA LA MORAL PROFESIONAL

La posibilidad de que el abogado N. N. haya incurrido en la comisión de delitos, de conformidad con el artículo 196 del Código Penal, que deben ser materia de una pronta y rápida investigación de carácter penal, no es óbice para la aplicación inmediata de los preceptos de la Ley 69 de 1945, porque en el caso aparecen flagrantes las faltas graves cometidas por el recurrente contra la moral profesional, que deben recibir la sanción aún antes de las penales — y sin perjuicio de éstas— que puedan surgir en la investigación de los posibles delitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en sentencia de fecha 17 de noviembre del año próximo pasado, impuso al abogado Camilo Ramírez Ospina la sanción de seis meses de suspensión del derecho a ejercer su profesión, luego de haber hallado probados varios hechos que en sentir de aquella corporación constituyen faltas graves contra la ética forense.

Cumplidas las ritualidades del recurso de apelación que interpuso el Dr. Ramírez Ospina contra dicho fallo, la Sala procede a resolver, previas las consideraciones que siguen:

Los hechos que dieron origen al presente juicio sumario son, en resumen, estos:

1º—Los señoras Leonor Arroyo de Dussán y Julia Arroyo de Coronel, vecinas de Popayán, adelantaban en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo (Cauca), un juicio ejecutivo contra Marco Fidel Ibarra, por suma de pesos.

2º—En el mes de febrero de 1949, las ejecutantes confirieron poder especial al doctor Camilo Ramírez Ospina, para que prosiguiera aquel juicio, dándole las facultades de "transigir, recibir, desistir y sustituir".

3º—De acuerdo con afirmaciones del Dr. Ramírez Ospina, consignadas en este proceso, esa representación la aceptó a "cuota litis", "es decir —son sus palabras—, haciendo yo todo gasto en lo sucesivo del juicio."

4º—En desarrollo de tal poder, el doctor Ramírez Ospina obtuvo el embargo de un camión como de propiedad del ejecutado Ibarra, mas esa gestión a la postre —y por causas que no es del caso detallar aquí— resultó frustrada.

5º—El juicio en cuestión vino a quedar paralizado durante algún tiempo, y debido sin duda a esta circunstancia, las ejecutantes Arroyos resolvieron revocar el poder otorgado al Dr. Ramírez Ospina, para conferírselo al Dr. Gerardo Bonilla Fernández, según consta del memorial-poder de fecha 2 de octubre de 1952, presentado personalmente por sus signatarios en el Juzgado 2º del Circuito Civil de Popayán el 21 del mismo mes. Sin embargo, el Dr. Bonilla Fernández no hizo uso de esa representación hasta el mes de mayo de 1953, como luego se verá.

6º—Pero antes, el día 15 de abril, a las 2 p. m., se presentaron en el Juzgado del Circuito de El Bordo, el antiguo apoderado de las ejecutantes, Dr. Ramírez O., y el ejecutado Marco Fidel Ibarra, e hicieron entrega al Secretario, Sr. Isaías Rodríguez, del siguiente memorial de desistimiento del referido juicio:

"Señor Juez Promiscuo del Circuito de Patía (El Bordo) E. S. D. — Camilo Ramírez Ospina, mayor y vecino del municipio de Popayán, donde estoy cedulado bajo el Nº 1518723, abogado, en mi condición de ejecutado (sic) contra el Sr. Marco Fidel Ibarra, atentamente me refiero al juicio ejecutivo por mayor suma de pesos que en su Despacho adelanto, y digo a Ud. que desisto de la acción instaurada contra el demandado, por transacción amigable. En consecuencia, sírvase suspender la ejecución, y archivar el expediente. El demandado acepta este desistimiento y en prueba de ello firma, sin responsabilidad de ninguna de las partes. Renunciamos notificación y ejecutoria del auto favorable que así lo decrete. El Bordo (C.), abril 15 de 1953. Atentamente, (Fdo.) Camilo Ramírez Ospina. Acepto, (Fdo.) Marco Fidel Ibarra. C. de C. Nº 1859155 de El Bordo."

7º—En la misma fecha, Marco Fidel Ibarra giró a favor del abogado Ramírez Ospina un che que contra el Banco del Estado de Popayán, por la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00), que Ramírez Ospina hizo efectivo al día siguiente, según se ve de la certificación que sobre el particular expedió la mencionada institución bancaria.

8º—En las horas de la tarde del mismo día 15 de abril de 1953, el doctor Ramírez Ospina hizo presentación personal en la Inspección 2ª de Policía Judicial de Popayán, del siguiente escrito dirigido al Juez Promiscuo del Circuito de El Bordo:

"....Camilo Ramírez Ospina, mayor y de este vecindario....en mi condición de ejecutante contra el señor Marco Fidel Ibarra, por suma de pesos, atentamente me refiero al juicio ejecutivo por suma de pesos que en su Despacho adelanta contra el nombrado Ibarra, y pido a Ud. que de conformidad con el memorial de desistimiento presentado en esta misma fecha en asocio del ejecutado Ibarra dentro de este juicio, se tenga en cuenta la liquidación que ha servido de base a la transacción amigable, y que es la siguiente: Por concepto de capital, dos mil ochocientos veintinueve pesos ($ 2.829.00); por intereses un mil quinientos ochenta pesos con cincuenta centavos ($ 1.580.50), así: son ciento nueve pesos (109) contados a partir de. 18 de junio de 1944, al 18 de abril en curso, a razón del medio por ciento mensual. Honorarios de abogado que se estiman en cuatrocientos cuarenta pesos ($ 440,95) con noventa y cinco centavos, a razón del diez por ciento; más doscientos pesos ($ 200.00) por concepto de las demás costas. Todo esto da un total de cinco mil cincuenta pesos ($ 5.050,45) con cuarenta y cinco centavos, que es el valor de la transacción amigable. —Una vez que el señor Marco Fidel Ibarra, consigne en su Despacho este valor, a órdenes del demandante o de mis representadas señoras Leonor Angulo (sic) de Dussán y Julia Arrollo (sic) de Coronel, sírvase dar por cancelado este juicio por pago efectivo de la obligación.— Popayán, abril 15 de 1953. Renuncio notificación y ejecutoria favorables. Atentamente. (Fdo.) Camilo Ramírez Ospina."

9º—El Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo, aunque puso al pié del escrito de desistimiento la correspondiente nota de presentación personal, fechada el mismo 15 de abril de 1953, se abstuvo de pasarlo al Despacho del Juez. En las copias tomadas del juicio ejecutivo aparece esta nueva anotación secretarial "Mayo 27-53. Al Despacho del señor Juez, con el proceso. (Fdo.) Rodríguez."; pero se verá de los hechos que siguen que tal constancia no se conformó a la realidad.

10º—Fue el día 27 de mayo de 1953 cuando el nuevo personero de las ejecutantes Arroyos, Dr. Bonilla Fernández, hizo presentación en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo del memorial-poder respectivo, memorial que llevó acompañado de una solicitud sobre embargo y secuestro de la finca rural "Loreto", de propiedad del ejecutado Marco Fidel Ibarra. En providencia de la misma fecha, el Juzgado decretó el embargo solicitado y reconoció la personería del Dr. Bonilla F. en la ejecución. Con igual prontitud se comunicó el embargo al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos.

11º—No obstante lo anterior, y con fecha 11 de julio de 1953, el Dr. Camilo Ramírez Ospina compareció ante el Juzgado del Circuito de El Bordo e hizo presentación del memorial de desistimiento suscrito por él e Ibarra el 15 de abril anterior, transcrito en el punto 6º de esta relación, junto con el memorial sobre liquidación del juicio ejecutivo de las señoras Arroyos que, como se vio anteriormente, había redactado y presentado en la Inspección 2ª de Policía Judicial, el mismo día 15 de abril de 1953.

El Secretario del Juzgado del Circuito de El Bordo, suscribió al pié del segundo de los memoriales mencionados, la siguiente constancia:

"Presentado este memorial personalmente por el Dr. Camilo Ramírez Ospina juntamente con el memorial de desistimiento, hoy once de julio de mil novecientos cincuenta y tres, va al despacho del señor Juez, con los antecedentes. Le informo que por razón de que Marco Fidel Ibarra, firmante del memorial de desistimiento presentado ante mí el 15 de abril del año en curso, no es abogado y por lo mismo no tiene valor legal, el doctor Ramírez Ospina me dijo al presentarlo en aquella ocasión, que no le diera curso, mientras él proveía. Posteriormente a esa manifestación el Dr. Ramírez Ospina pidió le entregara dicho memorial, a lo cual accedí, y es el mismo que hoy me devuelve. El Secretario, (Fdo.) Isaías Rodríguez."

12º En fecha posterior al 11 de julio de 1953, el doctor Próspero Calvache Ruiz, actuando como apoderado especial de Marco Fidel Ibarra en la ejecución de que se viene hablando, solicitó, apoyado en el memorial de desistimiento anteriormente transcrito, se dictara una resolución sobre el particular.

El Juzgado, en providencia de fecha 30 de ese mismo mes, decretó el desistimiento del juicio y, en consecuencia, el desembargo de la finca "Loreto."

13º—Apelada esa decisión, el Tribunal Superior de Popayán, en fallo fechado el 14 de octubre siguiente la revocó en su totalidad; y como encontrase que las actuaciones desarrolladas por el Dr. Camilo Ramírez Ospina no se ceñían a los dictados de la ética forense, dispuso tomar copias de lo conducente, y abrir una investigación sumaria contra dicho abogado.

14º—En su escrito de descargo, el doctor Ramírez Ospina, da las explicaciones siguientes acerca de los anteriores hechos:

"Así transcurrió el tiempo, hasta que el señor Marco Fidel Ibarra estuvo presentándose en mi oficina de esta ciudad, proponiendo una transacción amigable sobre la base de la liquidación del juicio hasta la fecha. Yo le dije, que como ya tenía una suma apreciable invertida en ese negocio en mi actuación judicial precedente, le exigía como base del negocio de transacción la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de gastos para trasladarme a El Bordo, a sacar los datos del juicio para la liquidación correspondiente, para saber a cuanto ascendía el valor de la ejecución, y sobre esa base hacer la transacción. Así lo convinimos, y el señor Ibarra me giró un cheque por valor de un mil pesos ($ 1.000.00) para gastos y con esta base me trasladé en asocio del señor Ibarra a El Bordo, tomé los datos del juicio, y nos regresamos el mismo día (en las horas del medio día) hacia esta ciudad, en automóvil expreso, llegando aquí más o menos a las seis de la tarde. Inmediatamente hicimos la liquidación, y como en El Bordo habíamos dejado un memorial presentado personalmente con el señor Ibarra en el Juzgado sobre la transacción, y condicionado al aviso que daríamos de esta ciudad para su tramitación, lo que así se convino con el señor Secretario del Juzgado señor Rodríguez (Isaías), en la misma noche, presentamos ante el señor Inspector Segundo de Policía Judicial de Popayán señor Héctor Ulises Lasso Cerón, y su Secretario señor Sánchez, el memorial del desistimento con la liquidación correspondiente, para su autenticación, con el fin de remitirlo a El Bordo. Pero luego, como yo tenía pendiente otro asunto en el mismo lugar, hube de demorar el memorial ya autenticado, hasta el día en que personalmente se lo presenté en El Bordo, al señor Secretario del Juzgado Promiscuo de El Bordo, para su tramitación.

"El desistimento convenido con el señor Marco Fidel Ibarra, implicaba para que tuviera cumplido efecto, por parte de Ibarra, el pago de la liquidación hecha sobre el valor del juicio, capital, intereses y costas del juicio, hasta el momento de hacer la liquidación. Lógicamente, como el señor Ibarra no pagó el valor de la liquidación hecha, ni en el Juzgado, ni a mi persona, era a todas luces improcedente la aceptación del desistimento, puesto que éste estaba condicionado al pago previo del valor de la liquidación."

. . . . . .

"Otra afirmación falsa y absurda, es la de que la transacción hecha con Ibarra, fue por la suma de un mil pesos ($ 1.000.00.) Dónde está la prueba de este hecho? En el memorial de desistimiento que se presentó ante el señor Secretario del Juzgado Promiscuo de El Bordo, y que se condicionó a la liquidación que se hiciera ese mismo día, no se habla de mil pesos, y por esta razón sólo se habla de un desistimiento que no tendría tramitación mientras se presentara la liquidación correspondiente....seguramente del cheque que cobré al Banco del Estado, girado por Ibarra, pero esto ya está explicado, que esta fue condición que le puse a Ibarra, para trasladarme a El Bordo, debido a que ya mis gastos en ese asunto ascendían a suma apreciable, sin sacar fruto alguno, y por tanto esta suma se destinaría a gastos de viaje, etc., los que deduciríamos luego cuando Ibarra pagara el valor de la liquidación."

Hace también la enfática afirmación de que en ningún momento ni por ningún conducto tuvo conocimiento de que las señoras Arroyos le hubieran revocado el poder.

15º—Dentro del término probatorio de la primera instancia, se trajeron al juicio las declaraciones de las señoras Julia Arroyo de Coronel y Leonor Arroyo de Dussán, la del ejecutado Marco Fidel Ibarra, la del Secretario del Juzgado del Circuito de El Bordo, señor Isaías Rodríguez, del Dr. Gerardo Bonilla Fernández, del Sr. Kjell von Sineider, del Dr. Calvache Ruiz, y la del chofer que condujo al Dr. Ramírez Ospina a El Bordo el 15 de abril de 1953, Jorge Martínez. Fueron recibidos también los testimonios del Dr. Héctor Ulises Lasso Cerón, ex-Inspector 2º de Policía Judicial y de Jesús Hernán Sánchez, ex-Secretario de la Inspección 2ª de Policía, quienes suscribieron la nota de presentación personal en el memorial sobre liquidación del juicio ejecutivo contra Ibarra, en la noche del 15 de abril de 1953 mediante presentación que de dicho memorial hizo su autor, el doctor Ramírez O.

16º—El Banco del Estado de Popayán, en nota que obra al fol. 73 del cuaderno Nº 1, informa sobre el pago que dicha institución hizo del cheque Nº 01, Serie B/5245 por valor de $ 1.000.00, girado por Marco Fidel Ibarra a favor del Dr. Camilo Ramírez Ospina, pago que se hizo a éste el 16 de abril de 1953.

17º—Fue allegada también copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán el 30 de noviembre de 1953, por la cual fue condenado el doctor Camilo Ramírez Ospina a sufrir la pena de suspensión del ejercicio de la abogacía por el término de dos meses, por faltas contra la ética profesional cometidas dentro del juicio ejecutivo de Belisario Carvajal contra la Sociedad Ordinaria de Minas "La Sorpresa y La Gruta"; y copia de la parte resolutiva del fallo de segunda instancia, de fecha 16 de julio de 1954, por el cual esta Sala de la Corte confirmó el anterior.

18º—El Tribunal, en la sentencia que aquí se revisa, luego de realizar un minucioso estudio de las pruebas del proceso, llega a estas conclusiones:

"El ejercicio de la abogacía se considera como función social de conformidad con el Art. 1º de la Ley 69 de 1935 y esa función social en el caso de autos se ha quebrantado brevemente, puesto que no hay duda que los actos perpetrados por el Dr. Ramírez Ospina como apoderado judicial de las señoras Arroyo de Dussán y Arroyo de Coronel comprometieron gravemente los intereses de las demandantes y causaron, por otra parte, engaño también al demandado, sustrayendo a éste una cantidad de dinero en forma indebida si como él lo dice se trataba únicamente de hacer con dicho dinero un viaje a El Bordo para tomar algunos datos necesarios para la liquidación y en forma todavía más grave si aquel dinero lo recibió por concepto de la transacción a que hace referencia el memorial por él mismo presentado.

"El Art. 9º de la Ley 69 de 1945 estatuye lo siguiente: "Los mismos Tribunales mediante el procedimiento señalado en el artículo anterior, castigarán de oficio o a solicitud de parte interesada las faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de la profesión, con penas de multa de cien a mil pesos, con la suspensión del derecho a ejercer por un lapso hasta de dos años, y con la cancelación de la matrícula, sin perjuicio de la acción penal en los casos de la Ley."

"Dada la gravedad de los hechos aquí plenamente comprobados y la circunstancia de que el Dr. Ramírez Ospina fue condenado ya por faltas a la ética y a la moral profesional, en sentencia del Tribunal que fue confirmada por la H. Corte Suprema de Justicia y cuyas copias obran en los autos, la pena que habrá de imponerse será la de suspensión del derecho de ejercer la profesión por un lapso de seis meses (6) sin perjuicio de pasar copia de las piezas pertinentes para que se investigue por la justicia penal el posible delito que haya podido cometer el Dr. Ramírez Ospina en armonía con el precepto del Art. 196 del C. de las penas.

"....."

"El Tribunal estima que debe también investigarse la conducta del señor Secretario del Juzgado del Circuito de El Bordo, por haber retirado el memorial de desistimento cuando ya había puesto al despacho del señor Juez para entregarlo al abogado Ramírez Ospina y para ello también se sacarán las copias pertinentes."

Habiendo accedido esta Sala a la solicitud del apoderado del Dr. Ramírez Ospina para que se abriese a pruebas el juicio, fueron allegadas a los autos las declaraciones del chofer Jorge Martínez, de Héctor Helí Orozco y de Blasteyo Trejos.

El primero de estos declarantes dice recordar que en el mes de abril de 1953 condujo en su automóvil a El Bordo al doctor Ramírez Ospina y a Marco Fidel Ibarra; que durante el recorrido los citados pasajeros trabaron conversación en torno a la ejecución que el primero seguía contra el segundo en el Juzgado del Circuito de dicha población, y agrega: "En la casa a donde concurrimos a tomar el refrigerio se hizo un memorial de desistimiento condicionado a no tramitarlo mientras que el demandado Marco Fidel Ibarra consignara en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo el valor a que ascendiera el valor (sic) total del juicio ejecutivo que el doctor Ramírez Ospina adelantaba contra el citado Ibarra, sobre el monto del capital, intereses y gastos del juicio, pagando por aparte al Dr. Ramírez Ospina por concepto de gastos y de perjuicios que ha sufrido en el tramitación (sic) de este mismo juicio la suma de un mil pesos ($ 1.000.00)."

Héctor Helí Orozco afirma que "en el mes de noviembre, a mediados, de 1953", estuvo en la agencia judicial del Dr. Ramírez Ospina para ofrecer a éste un servicio de propaganda, y que "pude ver al señor Marco Fidel Ibarra, de quien supe o me informé de su nombre tratando con el Dr. Ramírez Ospina, lo referente a un juicio ejecutivo que este último adelantaba en representación de unas señoras Arroyo en la vecina población de El Bordo (Cauca), en el cual era de-

mandado el señor Ibarra, quien se comprometió según la conversación con el Dr. Ramírez Ospina a cubrirle el valor total de la liquidación del juicio sobre capital, intereses y gastos, y además, a pagarle una parte la indemnización (sic) del juicio correspondiente sufridas (sic) por el mismo Dr. Ramírez Ospina dentro del juicio y los gastos de traslado a El Bordo y demás que se ocasionaran con motivo de la transacción." (Fol. 20 del C. Nº 2).

Blasteyo Trejos dice "que un día en el mes de noviembre de 1953" estuvo un largo rato en el interior de la oficina judicial del Dr. Ramírez Ospina, en tanto que éste conversaba con un individuo, que posteriormente supo se llama Marco Fidel Ibarra; que por los términos de dicha conversación pudo darse cuenta de que el Dr. Ramírez Ospina seguía en el Juzgado del Circuito de El Bordo un juicio ejecutivo contra su interlocutor Ibarra. "Puede constatar —dice textualmente el declarante— que ya anteriormente habían concertado que en el pago de honorarios versaría sobre el monto total del juicio ejecutivo en mención sobre capital, intereses y costas del juicio que debía pagar Ibarra en el Juzgado del Circuito de El Bordo o en la oficina del Dr. Ramírez Ospina, y además debía reconocer por aparte el pago de perjuicios y gastos que había sufrido el Dr. Ramírez Ospina en la tramitación de este juicio." (Fol. 21 de C. Nº 2).

Los anteriores testimonios en nada mejoran la situación jurídica del inculpado, en primer lugar porque los declarantes Trejos y Orozco indican, no en forma aproximada sino en el sentido de estar ciertos de ello, que la entrevista habida entre el abogado Ramírez Ospina y el ejecutado Marco Fidel Ibarra tuvo lugar en el mes de noviembre de 1953 (nótese que la providencia del Tribunal de Popayán que ordenó la iniciación de este juicio es de fecha 14 de octubre de ese mismo año), y en el expediente está demostrado que la presentación del desistimiento en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo, acto este que según el Dr. Ramírez Ospina fue la cristalización del acuerdo o "transacción" a que llegó con el ejecutado Ibarra, ocurrió el 1o de abril de 1953. De otro lado, es ostensible la impropiedad con que los declarantes se refieren a los términos del arreglo celebrado entre Ramírez O. y el ejecutado Ibarra, lo cual es suficiente a demostrar que si en verdad los testigos Trejos y Orozco llegaron a estar presentes durante la entrevista en mención, en ningún caso entendieron cuáles fueron en realidad las bases de la mal llamada "transacción". Finalmente, y en cuanto hace al declarante Martínez, su profesión de chofer hace poco atendible su dicho en tratándose de gestiones de carácter judicial, y así es lícito dudar de lo que tal testigo entienda por "desistimiento condicionado", como él menciona el que suscribieron el 15 de abril de 1953 el abogado Ramírez O. y el ejecutado Ibarra.

Ha sido el propio acusado el primero en llamar "transacción" el arreglo que culminó con la presentación del memorial de desistimiento en el Juzgado de El Bordo, cuando si ha de darse crédito a la versión que sobre ese punto dá el acusado Ramírez O.—en ese acuerdo no concurrió ninguno de los elementos que configuran aquel acto jurídico, definido por el Art. 2469 del C. Civil, a saber: existencia de una controversia o litigio, y el renunciamiento recíproco a ciertas pretensiones y derechos en orden a poner fin al juicio o prevenirlo. En efecto, el doctor Ramírez O. sostiene con insistencia que el arreglo celebrado con Ibarra dejaba a salvo todos los derechos de sus poderdantes Arroyos, en la mencionada ejecución: Ibarra, para lograr que el desistimiento surtiera sus naturales efectos, debía pagar el valor total de la ejecución, esto es, el capital, los intereses legales y las costas del juicio, computándose en éstas los honorarios profesionales del propio Dr. Ramírez O., estimados por él en la cantidad de $ 440.95.

Mas en el acuerdo en referencia, según el Dr. Ramírez Ospina, hubo una condición básica más a cargo de Ibarra: éste debía reconocerle y pagarle la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de "perjuicios" que dicho profesional había "sufrido" en la tramitación del juicio ejecutivo de las señoras Arroyos, y por los gastos que debía hacer para ir a El Bordo a tomar del expediente los datos necesarios para formular la liquidación del caso. Ibarra le pagó dicha cantidad de dinero por medio de un cheque contra el Banco del Estado de Popayán, y, efectivamente, en los autos hay fehaciente constancia de que el Dr. Ramírez O. cobró el expresado cheque al día siguiente de haber sido girado.

El ejecutado Ibarra, en declaración jurada visible al folio 45 del cuaderno Nº 1, contradice categóricamente las anteriores afirmaciones del acusado Ramírez Ospina, diciendo: "El arreglo a que llegué con el Dr. Camilo Ramírez Ospina, referente al juicio ejecutivo que me adelantaban las señoras Leonor Arroyo de Dussán y Julia Arroyo de Coronel, fue un desistimiento sobre capital, intereses y costos y costas del juicio, de-

sistimiento que el mismo doctor me propuso varias ocasiones diciendo últimamente que como eso lo tenían casi perdido, él como apoderado de las expresadas señoras y con la autorización de éllas, tranzaba (sic) el negocio por mil pesos ($ 1.000.00) y jamás me imaginé que procediera de mala fe." Y agrega a continuación: "Los mil pesos ($ 1.000.00) que le dí al Dr. Ramírez Ospina, fueron por la transacción total de toda la obligación. No es cierto que en el escrito de desistimiento que ambos presentamos en este mismo Juzgado ante el señor Secretario de entonces, don Isaías Rodríguez, escrito que a espaldas mías vino a retirar luego dicho Dr., hayamos hablado de gastos previos de la transacción." Y añade con notorio énfasis: "Es falso, falsísimo que nosotros, es decir el Dr. Ramírez Ospina y yo cuando vinimos a presentarle el escrito de desistimiento al Sr. Secretario de este Juzgado, le dijéramos al expresado funcionario que se abstuviera de darle curso al escrito hasta tanto se le diera aviso de Popayán para su tramitación. Eso es falso y si dicho Dr. volvió luego al Juzgado a decir eso, tuvo que ser esto a espaldas mías." Y en testimonio posterior, luego de ratificar las anteriores aseveraciones, hace Ibarra este comentario al respecto: "Nunca creí que el doctor Ramírez Ospina fuera de tan mala fe, para dejar pasar unos días y luego venir a este Juzgado a retirar el desistimiento sin contar con el suscrito....."

De la anterior ratificación del ejecutado Ibarra se desprende la posibilidad de que el abogado Ramírez Ospina haya incurrido en la comisión de delitos, de conformidad con el artículo 198 del Código Penal, que deben ser materia de una pronta y rápida investigación de carácter penal. Así lo consideró con acierto el Tribunal a quo y en virtud de ello dispuso compulsar copia de lo conducente y enviarla al competente funcionario investigador.

Pero esta circunstancia, no es óbice para la aplicación inmediata de los preceptos de la Ley 69 de 1945, porque en el caso aparecen flagrantes las faltas graves cometidas por el recurrente contra la moral profesional, que deben recibir la sanción aún antes de las penales — y sin perjuicio de éstas— que puedan surgir en la investigación de los posibles delitos. En efecto, los artículos 9 y 11 de la citada ley estatuyen: "Cuando de las piezas que obran en el juicio sumario a que se refieren los artículos anteriores aparezca que se ha podido cometer un delito, el Tribunal pasará copia de lo conducente al Juez de la competencia para que inicie la investigación a que haya lugar", disposición ésta que se conforma con lo preceptuado en el artículo 9º, según el cual las sanciones a que se hacen acreedores los abogados que incurran en faltas graves contra la moral profesional son aplicables "sin perjuicio de la acción penal en los casos de la ley". Quiere ello decir que debe procederse a aplicar las sanciones establecidas por la Ley 69 de 1945 cuando aparezcan clarísimas faltas graves contra la ética forense, que no dan lugar a esperar a que se produzca la sanción previa del delito.

El señor Procurador Delegado en lo Civil observa que la Corte, en ocasiones anteriores, consideró que era oportuno suspender la actuación disciplinaria, en espera de las sanciones penales en que hubiera podido incurrir el inculpado. Pero el presente caso que se estudia es diferente, puesto que existen y están probadas faltas de gravedad suma contra la moral profesional, que no admiten tregua, aunquando de ellas surjan delitos que posteriormente se castiguen con pena aflictiva.

Así se contempla en este caso. Al lado y en conexidad con la posible comisión de delitos, se observan estos actos gravísimos contra la ética forense:

a)—El doctor Ramírez Ospina, sea en la forma como él expresa, sea como lo sostiene el ejecutado Ibarra, celebró con éste un arreglo para poner fin al juicio ejecutivo de las señoras Arroyos. Pues bien, el abogado, contra toda noción de pulcritud y delicadeza profesionales, se abstuvo en todo momento de dar cuenta a sus mandantes de los términos de aquella negociación. Así lo prueban las declaraciones contextes de las señoras Arroyo de Coronel y Arroyo de Dussán.

b)—Está fuera de toda duda que el doctor Ramírez Ospina recibió del ejecutado Ibarra la suma de un mil pesos ($ 1.000.00). Ya se ha visto que, acerca de la causa de ese pago, existe una total discrepancia entre Ramírez O. y el ejecutado Marco Fidel Ibarra. La intrínseca finalidad de este juicio no lleva a esclarecer este punto. Lo que interesa es considerar que el Dr. Ramírez Ospina recibió la expresada suma de dinero con fundamento en el desistimiento que presentó con el ejecutado Ibarra el 15 de abril de 1953, en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bordo, donde cursaba la ejecución, desistimiento que no tuvo efecto porque el propio abogado le exigió al Secretario del Juzgado mencionado que no le diera curso, esto es, que no lo pasara al despacho del Juez hasta tanto recibiera una orden suya al respecto. Días después el mismo abogado le pidió al

Secretario que le devolviera el escrito de desistencia, y de este modo lo retuvo en su poder hasta el 11 de julio del citado año, en que volvió a presentarlo en el Juzgado de El Bordo. En esta ocasión el escrito en referencia fue sometido al conocimento del Juez, quien lo admitió, por tratarse de un desistimiento puro y simple, y en consecuencia decretó el desembargo de bienes. Pero aquella providencia fue revocada por el superior, en consideración a que en la fecha últimamente citada el doctor Ramírez Ospina había dejado de ser representante de las señoras Arroyos, por el hecho de que le habían revocado el poder y habían constituído nuevo abogado. Se tiene de lo anterior que el doctor Ramírez Ospina obtuvo provecho ilícito a costa del ejecutado Ibarra, bajo el pretexto de desistir del juicio ejecutivo.

Se ha pretendido decir por parte del apoderado del doctor Ramírez Ospina, ante la Corte, que la única falta que pudo haber cometido el abogado fue una "viveza", consistente en "salvarle sus bienes o sus créditos" a sus poderdantes. Explicación por extremo torpe, porque si así hubiera ocurrido, si la finalidad buscada por el abogado hubiese sido la de salvar la ejecución con esa clase de maniobras, se llegaría a la conclusión de que dicho abogado no tiene empacho en apelar a recursos vedados por la dignidad y el decoro para lograr el éxito en su vida profesional.

c)—Para la Corte es especialmente grave la circunstancia de que el abogado Camilo Ramírez Ospina hubiera presentado al Juzgado el memorial de desistimiento, el 11 de julio de 1953, a tiempo que ya figuraba en los autos, desde el 27 de mayo anterior, el memorial en que las señoras Arroyo le revocaron el poder y conferían otro nuevo al doctor Gerardo Bonilla Fernández y éste en uso de tal representación, pidió y obtuvo el embargo de bienes.

d)—Está establecido con las copias de las sentencias de 30 de noviembre de 1953, proferida por el Honorable Tribunal de Popayán (Fol. 78 del cuaderno Nº 1) y de 16 de julio de 1954 (fol. 23 y sg. del cuaderno 2), por la cual esta Sala de la Corte confirmó la anteriormente citada, que el doctor Camilo Ramírez Ospina fue condenado a la sanción de dos meses de suspensión en el ejercicio de su profesión de abogado, por faltas contra la moral profesional.

Todo lo anterior hace ver claramente a la Corte que ha de imponerse en este caso la sanción máxima de que trata el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, consistente en la cancelación de su matrícula de abogado al doctor Camilo Ramírez Ospina, reformando así el fallo recurrido.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1954, dictada en este negocio por el H. Tribunal Superior de Popayán, así:

Primero.—Revócase la pena de suspensión a seis meses en el ejercicio profesional a que fue condenado el doctor Camilo Ramírez Ospina;

Segundo.—Cancélase la matrícula de abogado profesional; y

Tercero.—La sentencia apelada queda vigente en todo lo demás.

Comuníquese este fallo a todos los Tribunales y Juzgados del país.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, y devuélvanse los autos.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDE A ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, catorce de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

En el juicio especial de queja que, por razón del mal ejercicio de la abogacía se le siguió ante el H. Tribunal Superior de Popayán, al doctor Camilo Ramírez Ospina, pide su apoderado que se aclare la sentencia definitiva por medio de la cual esta Corte le canceló la matrícula al mencionado doctor; sin embargo es manifiesto que la intención del memorial no es otra que buscar la reforma de aquélla. Para resolver,

Se considera:

Tanto en su parte motiva como en su parte resolutiva la decisión no ofrece motivo de duda, siendo por tanto de claridad meridiana. La Sala se limitó a aplicar la ley y nada más: Dura lex sed lex. Y en cuanto a la reforma de la providencia, ello es imposible por el mismo juzgador que la pronunció. Esto para que aplicando la norma del Art. 482 del Código Judicial, deba negarse lo que pide el señor apoderado. Y así lo resuelve la Sala.

Notifíquese.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Manuel Francisco Medina, Oficial Mayor.

INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS DE PERJUICIOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO, CUANDO ENTRE PATRONOS Y TRABAJADORES MEDIA UN VINCULO CONTRACTUAL. — PARA QUE LA JUSTICIA DEL TRABAJO ABSORBA LA ACCION INDEMNIZATORIA DEL DERECHO CIVIL ES NECESARIO QUE EL ORIGEN DEL DAÑO HAYA SIDO UNA RELACION DE TRABAJO ENTRE EL PATRONO OBLIGADO Y EL TRABAJADOR VICTIMA, NO SOLO DEL ACCIDENTE SINO DE LA CULPA DE AQUEL

1.—Quiso el legislador unificar los procedimientos para el ejercicio de las acciones de todos los perjuicios que debe reparar el patrono, así sean los que reglamenta en su extensión y contenido la legislación laboral, o los que se hallan sometidos a las reglas del derecho común. Pero para que el procedimiento laboral absorba o atraiga la acción indemnizatoria de derecho civil es lógicamente necesario que el origen del daño haya sido una relación de trabajo entre el patrono obligado y el trabajador víctima, no sólo del accidente sino de la culpa de aquel.

La extensión de una y otra indemnización varía no sólo en su cuantía misma, sino en las modalidades de riesgo, culpa y régimen de prescripción: las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años (artículo 151, Decreto 2158 de 1948); las provenientes de culpa comprobada del patrono (inciso 5º, ordinal 6º, artículo 12, ley 6ª de 1945), prescriben según las reglas del C. C.

2.—Reitérase lo dicho por la Sala en fallo de 8 de junio (G. J. número 2149, pág. 371), sobre la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias seguida contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sobre indemnización de perjuicios, cuando en el momento de ocurrir el accidente que fue causa de ellos mediaban entre la dicha entidad y la víctima relaciones que constituían contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

El 14 de julio de 1952 fue admitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta la demanda ordinaria de la señora Reneira Igirio v. de Cantillo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en la cual se solicitan las siguientes declaraciones:

1ª—Que el Consejo es civilmente responsable "por descuido, imprevisión o negligencia culpable, del accidente ferroviario ocurrido en la ciudad de Ciénaga el día 7 de noviembre de 1950 y en el cual perdió la vida trágicamente Parmenio Cantillo Lindao".

2ª—Que se condene al Consejo a pagar a la demandante "como esposa legítima del finado Parmenio Cantillo Lindao, y a la sucesión intestada del mismo finado, representada por la cónyuge sobreviviente y heredera, los perjuicios materiales y morales.. ".

Se funda la demanda en que el descarrilamiento del tren se produjo por culpa del Consejo, causando la muerte de Parmenio Cantillo Lindao, cónyuge de la demandante. Cantillo "era frenero del Ferrocarril Nacional del Magdalena desde el 4 de mayo de 1946 hasta el día de su muerte, el 7 de noviembre de 1950; prestaba servicios en el tren ya dicho y venía en el ejercicio de su empleo en la parte superior de uno de los vagones volcados, controlando la rueda de los frenos del vagón respectivo, cuando fue lanzado al suelo y triturado por los carros volcados, causándole la muerte casi en forma instantánea. Cantillo devengaba un sueldo mensual de ciento cincuenta pesos en la Empresa ya dicha, y con ellos sostenía a su esposa en todas sus necesidades de hogar. Cantillo cuando murió tenía veintiseis años cinco meses de edad y gozaba de muy buena salud".

Cumplido el trámite legal de la primera ins-

tancia, el Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de fecha 15 de febrero del año en curso, declaró al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales y morales causados a la señora viuda de Cantillo "con motivo del accidente ferroviario ocurrido en la estación de Ciénaga el 7 de noviembre de 1950, en el cual perdió la vida el frenero señor Parmenio Cantillo Lindao"; ordenó pagar a la demandante la suma de dos mil pesos por perjuicios morales y que se liquidaran por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial los perjuicios materiales, deduciendo del monto de éstos la suma de $ 2.748.45 recibida por la actora "por auxilio especial por muerte en el accidente de trabajo".

Corresponde a la Sala, después de surtido el trámite del recurso de apelación concedido al demandado, decidir lo que sea legal, mediante las siguientes consideraciones:

En su alegato ante la Corte, el señor apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales pide se declare nulo todo lo actuado en el juicio porque en su concepto cuando la acción por indemnización total de perjuicios, se basa en culpa comprobada del patrono, la competencia es privativa de la jurisdicción especial del Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 64 de 1946.

El señor apoderado de la demandante, replica que "cuando el accidente culposo que causó daño al trabajador se produjo dentro de las relaciones de carácter particular del patrono y el trabajador y por razón de las actividades de éste, la reclamación total y ordinaria de la indemnización del perjuicio causado al trabajador corresponde a la jurisdicción del trabajo: tal el caso de la explosión de la caldera, manejada por el trabajador, ocasionada por la negligencia del patrono en efectuar reparaciones con las cuales el accidente dañoso no se habría producido. No ocurre lo mismo cuando el accidente se produjo fuéra de ese ámbito estricto y que por su naturaleza es susceptible de producir la injuria al trabajador, como a cualquiera otra u otras personas. Tal el caso del transporte por ferrocarril. El conocimiento corresponde entonces, indudablemente, a la justicia ordinaria.

"De lo contrario se caería en la inconsecuencia de que la definición de la **responsabilidad civil** de la empresa transportadora, por un mismo hecho culposo que afectó a varias personas, correspondería a jurisdicciones distintas a la del trabajo en la acción del trabajador de la empresa; a la jurisdicción ordinaria en cuanto a las acciones de otras personas, como los pasajeros lesionados, el dueño del ganado por las pérdidas sufridas, para referirme concretamente al caso actual".

En el negocio que se estudia, la controversia fue planteada en la demanda sobre la base de que el señor Cantillo no sólo era empleado de los Ferrocarriles Nacionales sino que fue víctima del accidente en que perdió la vida precisamente cuando estaba en el ejercicio de las funciones de su empleo. El caso es exactamente igual al contemplado por esta misma Sala en la sentencia de fecha 8 de junio de 1954, en la cual se estudió el punto relativo a la competencia de la jurisdicción de trabajo para conocer de las acciones de responsabilidad de la naturaleza configurada en la presente controversia. Se dijo lo siguiente en dicha sentencia:

"La jurisdicción especial del trabajo fue instituida, según el artículo 58 de la ley 6ª de 1945, para decidir de las controversias que susciten, directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas del contrato o de la convención colectiva, o con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo.

"No compete a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de las controversias derivadas de relaciones de derecho público entre el Estado y sus empleados, por la razón obvia de que el vínculo que los liga no es de origen contractual. Tampoco competía a esta jurisdicción especial el conocimiento de las controversias que tuvieran como fuente una culpa del patrono que diera lugar, no a las indemnizaciones por accidentes de trabajo que reglan las leyes sobre esta materia, sino a una indemnización de daños sujeta a las reglas generales de la legislación civil. Sin embargo, a partir de la vigencia de la ley 64 de 1946, en virtud de lo dispuesto por el artículo 21, la Jurisdicción del Trabajo conoce también de las acciones sobre indemnización ordinaria por perjuicios derivados de enfermedad profesional y de accidentes de trabajo "por culpa comprobada del patrono". En otros términos, a la jurisdicción del trabajo compete privativamente, desde el 20 de diciembre de 1946, fecha de la sanción de la ley 64 citada, el conocimiento de las acciones por accidentes de trabajo entre patronos y trabajadores, cuando entre ellos media un vínculo contractual, sea que el accidente haya sobrevenido sin culpa o con culpa comprobada del patrono.

(Artículo 3º, Código Procesal del Trabajo).

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, desde su creación por medio de la Ley 29 de 1931, es un establecimiento público destinado a administrar los Ferrocarriles de propiedad del Estado "sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país". Conforme al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, las relaciones de trabajo entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, "a menos que se trate de la construcción y sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". (G. J. número 2149, pag. 874).

No vale el argumento del señor apoderado del actor sobre la inconveniencia que él encuentra en que conozca de unos litigios la jurisdicción del trabajo y de otros la justicia ordinaria, cuando todos ellos tienen origen en un mismo accidente. Y no vale tal argumento contra expresa disposición legal, fuera de que la inconveniencia si sería manifiesta, como lo era antes de entrar a regir el artículo 21 de la ley 64 de 1946, si el trabajador de una empresa se viera forzado a acudir a las dos jurisdicciones para reclamar del patrono las prestaciones e indemnizaciones legales cuando el accidente de que fue víctima aconteció por "culpa comprobada del patrono".

Quiso el legislador unificar los procedimientos para el ejercicio de las acciones de todos los perjuicios que debe reparar el patrono, así sean los que reglamenta en su extensión y contenido la legislación laboral, o los que se hallan sometidos a las reglas del derecho común. Pero para que el procedimiento laboral absorba o traiga la acción indemnizatoria de derecho civil es lógicamente necesario que el origen del daño haya sido una relación de trabajo entre el patrono obligado y el trabajador víctima, no sólo del accidente sino de la culpa de aquél.

La extensión de uno y otra indemnización varía no sólo en su cuantía misma, sino en las modalidades de riesgo, culpa y régimen de prescripción: las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años (artículo 151, Decreto 2158 de 1948); las provenientes de culpa comprobada del patrono (inciso 5º, ordinal 6º, artículo 12, Ley 6ª de 1945) prescriben según las reglas del C. C.

Si las relaciones que mediaban entre Cantillo y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, constituían a no dudarlo contrato de trabajo, y aquél fue víctima del accidente en que perdió la vida, en momentos en que iba en el desempeño de sus funciones, tal como se afirma en la demanda, la actual controversia es de la competencia exclusiva de la jurisdicción especial del trabajo, por lo cual debe reconocerse y decretarse la nulidad de lo actuado, conforme a lo dispuesto en el artículo 448 del Código Judicial, causal 1ª

La competencia es un presupuesto procesal que ha debido estudiar el Tribunal a que para admitir o rechazar la demanda. Para anular lo actuado por falta de este presupuesto procesal, en el actual estado del juicio, no era necesario tramitar el incidente de que habla el artículo 456 del mismo Código.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, DECLARA NULO todo lo actuado en este juicio a partir del auto que admitió la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Manuel Francisco **Medina M.** Oficial Mayor.

INCIDENTE DE NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION E ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE LOS DEMANDANTES EN UN JUICIO ORDINARIO SOBRE PROPIEDAD DE UNOS TERRENOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Sustanciador: Dr. Roberto Goenaga)

El señor Procurador Delegado en lo Civil propuso en escrito de 27 de octubre del año próximo pasado las siguientes nulidades en este proceso:

a) Incompetencia de jurisdicción.

b) Ilegitimidad de la personería de los demandantes.

Tramitado el incidente en debida forma, se pasa a resolver y a este fin se considera:

Fundamentos de la primera causal

Para mayor exactitud, se transcriben a continuación los hechos principales invocados por el representante de la Nación demandada acerca de la primera causal de nulidad:

"1.—El 1º de diciembre de 1938 el Ministerio de la Economía Nacional aceptó la propuesta número 44, formulada por la Texas Petroleum Company para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en la región del Guavio, dentro de los departamentos de Boyacá y Cundinamarca y la Intendencia del Meta, y en terrenos bajo la jurisdicción de los municipios de Medina, Macanal, Campohermoso, Barranca de Upía, Cabuyaro y Restrepo. El área de la propuesta abarca 200.000 hectáreas.

"2.—El 1º de octubre de 1939 venció el término para formular oposiciones a esa propuesta de contrato y comenzó a correr el de dos años para iniciar juicio ordinario contra la Nación.

"3.—El 27 de septiembre de 1939 el señor Leonardo Daza Espejo se opuso a la celebración del contrato con la Texas con base en el título expedido a favor de don Valentín Martín por la Corona Española, en el año de 1774, sobre el terreno conocido con el nombre de Guaicaramo.

"4.—El 1º de octubre de 1941 venció el término de dos años que tenían a su favor, para iniciar el correspondiente juicio ordinario, los interesados que no hicieron oposición a la propuesta número 44. Los actuales demandantes Martín de Facatativá no formularon oposición a la propuesta, ni presentaron demanda ordinaria antes del 1º de octubre de 1941. Tampoco lo hicieron los Martínez de Guateque, uno de los cuales ha sido reconocido como coadyuvante en el presente juicio.

"5.—El 14 de diciembre de 1945 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, dictó sentencia en el juicio breve y sumario originado en las oposiciones formuladas por Leonardo Daza Espejo y otros a la propuesta número 44. Las oposiciones fueron rechazadas.

"6.—El 2 de diciembre de 1947, el doctor Diego Llinás Pimienta, en nombre de María del Carmen Martínez y otros, presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá, demanda ordinaria contra la Nación por la propiedad del subsuelo petrolífero de los terrenos de Guaicaramo. Los demandantes fundaron su derecho en el mismo título otorgado a don Valentín Martín por las tierras de Guaicaramo, alegaron el carácter de herederos de éste y se acogieron al término de dos años para obtener la revisión de la sentencia dictada en el juicio breve y sumario. Pretendieron aprovecharse así de la oposición formulada por Daza Espejo, a pesar de que el derecho de éste se hallaba fundado necesariamente en la exclusión del derecho de aquéllos.

"7.—El 14 de diciembre de 1947 venció el término de dos años concedido a favor de los opositores vencidos en el juicio breve y sumario para iniciar la acción ordinaria contra el Estado. En esta fecha se consolidó definitivamente a favor de la Nación el dominio petrolífero de los terrenos amparados por la propuesta número 44 y, por tanto, el de los predios materia de la oposición a dicha propuesta, entre los cuales se hallaba el de Guaicaramo.

"Los Martín de Facatativá no presentaron ninguna demanda antes de esa fecha, ni podían hacerlo eficazmente. Los únicos que podían legalmente acogerse a ese término eran los opositores vencidos en el juicio breve y sumario, y no lo hicieron.

"8.—El 8 de febrero de 1949 el Tribunal Superior de Bogotá rechazó la solicitud del doctor Enrique A. Becerra sobre reconstrucción de un juicio ordinario contra la Nación y que, según afirma, había sido iniciado por él en diciembre de 1947, en nombre de numerosos miembros de la familia Martín de Facatativá, con base en el título expedido por las autoridades coloniales a don Valentín Martín y en la pretendida calidad de herederos del primitivo adjudicatario, el cual había desaparecido en los incendios del 9 de abril de 1948.

"9.—El 4 de julio de 1949 la Corte Suprema de Justicia confirmó la providencia del Tribunal.

"10.—El 7 de septiembre de 1949 el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia en el juicio reconstruído por el doctor Llinás Pimienta, según demanda de fecha 2 de diciembre de 1947, juicio citado en el punto 6. El fallo rechazó totalmente las peticiones de los demandantes y debe considerarse como definitivo, ya que no fue apelado oportunamente.

"11.—El 26 de septiembre de 1949 el doctor Enrique A. Becerra, en nombre de los Martín de Facatativá presentó su segunda demanda ordinaria contra la Nación por la propiedad de Guicaramo. En la primera de sus peticiones solicita que se declare que "por virtud del denuncio y remate realizados por Valentín Martín... el 11 de julio de 1774... dejaron de ser de propiedad del Estado y entraron al patrimonio del rematante Valentín Martín, las tierras con todas sus anexidades naturales del suelo y del subsuelo, comprendidos en un globo de terreno situado en jurisdicción de la ciudad de San Martín, provincia de los Llanos, comprendido dicho globo de terreno dentro de los siguientes linderos... (Aquí el demandante describe linderos idénticos a los señalados por Leonardo Daza Espejo en su oposición a la propuesta Nº 44 y por Diego Llinás Pimienta en su demanda ante el Tribunal de Bogotá). En su petición segunda afirma que "por obra de la sucesión por causa de muerte, el dominio del lote de terreno ya descrito y deslindado... con todas sus anexidades y accesiones naturales del suelo y subsuelo y que perteneció a Valentín Martín... corresponde hoy a la sucesión de dicho Martín y de su mujer Serafina Barreto, representada por sus herederos, señores Alfredo Martín...". (Aquí la lista de los demandantes). Como fundamentos de derecho de su demanda cita el actor la ley 160 de 1936 y la 200 del mismo año y demás disposiciones que le sean concordantes".

"12.—El 2 de abril de 1951 el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia de primera instancia favorable en un todo a las pretensiones de los Martín.

"13.—Ni Alfredo Martín, ni sus consocios han dado aviso de perforación al Gobierno en relación con las tierras de Guaicaramo".

Y alega en seguida:

"De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es posible discutir judicialmente la propiedad petrolífera del subsuelo de un terreno sino cuando ha mediado una tramitación administrativa previa...", y luégo de verter varios párrafos de la sentencia de 20 de noviembre de 1945, proferida por esta Sala de la Corte, y donde está contenida la doctrina a que alude, finaliza su argumentación así:

"En el presente caso, si se considera, como es la verdad, que ha existido una tramitación administrativa previa, propuesta por la Texas Petroleum Company, se tiene que los demandantes Martín no se opusieron a ella ni iniciaron oportunamente juicio ordinario. Si se considera, en cambio, como han pretendido sostenerlo los demandantes, que este juicio no tiene relación con la propuesta número 44, se tiene que no ha surgido todavía para ellos la oportunidad legal para presentar su demanda. En una u otra hipótesis necesariamente hay que concluir que ni la Corte Suprema tiene jurisdicción para conocer de la segunda instancia de este juicio, ni el Tribunal de Cundinamarca pudo tenerla para conocer de la primera".

En demostración de la existencia de la causal apuntada, el señor Procurador Delegado trajo con el memorial respectivo las siguientes probanzas:

Un ejemplar autenticado del Diario Oficial número 27.746 de 6 de noviembre de 1951, en el cual (pág. 472) aparece publicado el contrato sobre exploración y explotación de petróleos celebrado entre el Gobierno Nacional y la Texas Petroleum Company, sobre un globo de tierra de 100.000 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Maconal, Campohermoso, Barranca de Upía y Cabuyaro, contrato suscrito el 14 de junio de 1951. (Fols. 53 a 63 de este cuaderno).

Copias expedidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, del escrito en que el señor Robert Wesselhoeft formuló al Ministerio de la Economía Nacional, en representación de la Texas Petroleum Company, propuesta para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en el globo de 100.000 hectáreas de que se ha hecho referencia: de la Resolución número 44 de 1º de

diciembre de 1938, por la cual dicho Ministerio admitió esa propuesta, señalada con el número 44, y dispuso darle el curso reglamentario; de todas las diligencias administrativas subsiguientes; de la demanda de oposición presentada por Leonardo Daza Espejo y otros contra dicha propuesta; de los documentos acompañados por los opositores; del concepto técnico sobre tales oposiciones y de la Resolución por medio de la cual el Ministerio de la Economía Nacional dispuso admitir las oposiciones mencionadas y enviarlas a esta Sala de la Corte (fo.s. 219 y 337 del cuaderno número 16); copia de la sentencia proferida por la Corte en el juicio breve y sumario originado en tales oposiciones, fechada el 14 de diciembre de 1945, en la cual se declararon infundadas (fols. 338 a 349 del mismo cuaderno); y copia de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 1949 por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el ordinario de María del Carmen Martínez contra la Nación. (Fols. 354 v. a 359 del expresado cuaderno número 16).

Considera este despacho que lo más indicado para la solución de este incidente de nulidad, es estudiar la primera causal expuesta, porque de aparecer probada se habrá de inferir que es innecesario tratar de la segunda, esto es, de la relativa a la ilegitimidad de la personería de los demandantes.

Para la configuración de la nulidad por incompetencia de jurisdicción aquí propuesta, es necesario tomar como base —tal como lo ha hecho el señor Procurador Delegado en lo Civil—, el que el actor lo que persigue primordialmente es la declaración de propiedad privada del petróleo y derivados de éste, declaración que, ciertamente, no se invoca en el libelo. Las súplicas de éste hacen referencia al dominio del suelo y subsuelo de las tierras de Guaicaramo, reinaladas por don Valentín Martín en el año de 1774, sin designar específicamente el petróleo que en dicho subsuelo pueda encontrarse. Lo único que dá margen a pensar en aquel alcance de la demanda de los señores Martín, es la cita de la Ley 160 de 1936 como fundamento de derecho.

Para interpretar la demanda en la forma que lo hace el señor Procurador Delegado no es suficiente, a juicio de este Despacho, la sola circunstancia de que uno de los fundamentos de derecho citados en ella sea la Ley 160 de 1936. Porque cuando las suplicas resultan vagas e imprecisas, son los hechos en que ellas se fundan, los que propiamente contribuyen a desentrañar la verdadera intención del actor, y aquí se observa que los demandantes Martín no expresan uno solo de los hechos que caracterizan las acciones sobre dominio petrolífero, a saber: la existencia de una propuesta de exploración o explotación de hidrocarburos, formulada ante el respectivo Ministerio; o del aviso sobre perforación con taladro en busca de tales yacimientos; de las diligencias administrativas prescritas por la ley del petróleo, o de la celebración del contacto de concesión, cuando el actor por una u otra causa no pudo oponerse a la propuesta previa dentro del término legal.

El señor Procurador Delegado en lo Civil habla de que en varios escritos que obran en autos, el apoderado de los demandantes ha revelado que su propósito es obtener la declaración de propiedad privada del petróleo, mas se abstuvo de indicar cuáles son esos escritos.

Estudiando así a fondo los autos, se observa este hecho concreto que demuestra claramente que los demandantes no persiguen la declaración sobre dominio del petróleo. Consiste en que el apoderado de los señores Martín, en el alegato de oposición presentado en este incidente, acoge sin salvedad alguna el aparte de la sentencia de primer grado, donde el Tribunal deja consignado su pensamiento en orden a interpretar la demanda, y que dice así:

"De lo dicho anteriormente se observa, que tanto la excepción de caducidad como la de inepta demanda no pueden tener lugar por las causales antes dichas, sino cuando se demanda en juicio ordinario a la Nación para que se declare de propiedad particular el petróleo existente en un determinado bien, pero como en el presente caso, según las súplicas de la demanda la acción instaurada es para que se declare que el suelo y subsuelo del globo de terreno a que se refiere la presente demanda dejó de ser propiedad del Estado y entró al patrimonio del señor Valentín Martín, hoy al de sus sucesores, no se configuran las excepciones propuestas por seguirse en el presente juicio el trámite de las reglas comunes para el reconocimiento del derecho de propiedad, sin sujeción a los requisitos previos de carácter administrativo que constituyen la excepción cuando se trata de peticiones sobre propiedad particular del petróleo".

Respecto de esta conclusión del Tribunal comenta el apoderado de los señores Martín:

"De esto se concluye que no puede caber en el presente caso la nulidad alegando la causal de incompetencia de jurisdicción porque ello equi-

valdría a que por medio de un incidente se revocara una sentencia...".

Pero además de esta paladina manifestación del actor, existen en el proceso otros aspectos no menos importantes que permiten descartar la propiedad privada del petróleo como objetivo de la acción intentada: tal es, por ejemplo, la forma en que fue solicitada por la parte demandante la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio, con absoluta prescindencia de la identificación del área de la propuesta o de la concesión ya contratada, lo cual es de rigor en los juicios en que se controvierte la propiedad del petróleo.

De todo lo cual se deduce que no es aplicable al caso presente la jurisprudencia de esta Corte en que apoya el señor Procurador Delegado la nulidad de que se trata, pues en ella se hace alusión a una demanda en que sí se pidió concretamente la declaración de propiedad privada del subsuelo petrolífero.

Sobra, pues, toda otra consideración para dar por sentado que no existe nulidad por incompetencia de jurisdicción en este proceso.

Nulidad por ilegitimidad de la personería de los demandantes

Se funda en estos hechos: a) la declaración de herederos de Valentín Martín y Serafina Barreto hecha en el juicio de sucesión de éstos, abierto en el Juzgado del Circuito de Guateque, no tiene valor alguno, desde el momento en que dicho juicio fue declarado nulo, por haberse comprobado que la mencionada sucesión fue liquidada en el año de 1783. b) Alfredo Martín y demás consocios de demanda, no son descendientes de Valentín Martín y Serafina Barreto. En demostración de este aserto, trajo el señor Procurador a los autos numerosas partidas de origen eclesiástico y otros varios documentos, cuya mención aquí se estima innecesaria.

Basta este enunciado para entender rectamente que en esta segunda causal de nulidad no se hace referencia a la personería adjetiva de la parte demandante, sino a la sustantiva, cuestión que sólo cabe analizar y decidir en la sentencia definitiva.

Ha dicho la Corte a este respecto:

"La ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante no es una causa de nulidad del proceso, sino un motivo de fondo para absolver al demandado, como que no constituye un vicio del procedimiento sino la falta de un elemento esencial del derecho deducido en el juicio, de la acción ejercida en la demanda. Y la ilegitimidad de la personería adjetiva, que sí es causal de nulidad en el proceso, no puede ser alegada durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente.

"Este es el resumen de las doctrinas que ha sostenido la Sala en varios fallos". (Sentencia de 8 de abril de 1949. G. J. Tomo LXV, pág. 608).

Por las razones anteriormente expuestas, se RESUELVE:

No hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado en este juicio por las causales propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el escrito de referencia.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga — Manuel Francisco Medina, Oficial Mayor.

RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO ANTERIOR. — CASO EN QUE NO SE PUEDE DECIDIR POR MEDIO DE UN INCIDENTE DE NULIDAD CUESTIONES QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO EN LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

1. — No se puede resolver en incidentes como el de nulidad, el punto relativo a la interpretación de la demanda en forma que obligue al sentenciador en la instancia, pues ese punto debe ser precisamente la materia de la sentencia que ponga fin al recurso de apelación que esté para la decisión de la Sala de Negocios Generales.

Igual cosa puede decirse con respecto a la ilegitimidad de la personería de los demandantes, pues lo que se pretende ahora es debatir el aspecto sustantivo de la representación de la herencia, por quienes se dicen herederos, que es precisamente la cuestión que en primer lugar debe estudiarse en el fallo de instancia para saber si los actores tienen o no interés jurídico en obtener las declaraciones que se solicitan en la demanda.

2. — No es jurídicamente posible decidir en un incidente, adversa o favorablemente, cuestiones que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primer grado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

- I -

En demanda presentada el 7 de diciembre de 1949 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se pidió que con audiencia de la Nación Colombiana, representada por el Fiscal del Tribunal y previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª—Que por virtud del denuncio y remate realizados por Valentín Martín, ante el Escribano Real, con las formalidades legales, en la ciudad de Santa Fe, el once de julio de 1774, y en presencia del doctor don Benito del Casal y Montenegro, oidor y Juez Privado (sic) de Tierras y Baldíos, dejaron de ser propiedad del Estado y entraron al patrimonio del rematante Valentín Martín, las tierras con todas sus anexidades naturales del suelo y del subsuelo, comprendidas en un globo de terreno, situado en jurisdicción de la ciudad de San Martín, Provincia de los Llanos, comprendido dicho globo de terreno dentro de los siguientes linderos...".

"2ª—Que por obra de la sucesión por causa de muerte, el dominio del lote de terreno ya descrito y deslindado en la forma hecha según la anterior declaración y en la extensión allí expresada, con todas sus anexidades y accesiones naturales del suelo y subsuelo y que perteneció a Valentín Martín por obra de la tradición realizada en el remate dicho, corresponde hoy a la sucesión de dicho Martín y de su mujer Serafina Barreto de Martín, representada por sus herederos señores...".

En subsidio se pidió en la demanda "que por la tradición realizada por el Estado del inmueble arriba descrito, en la extensión indicada y con todas las anexidades dichas en favor de Valentín Martín, tal inmueble dejó de ser baldío sujeto al derecho público de la Nación, y siendo, por consiguiente, de dominio privado, quedó bajo el amparo del derecho privado civil, como adquirido por persona particular, de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de su adquisición".

- II -

El Fiscal del Tribunal propuso dos excepciones que llamó carencia de acción e ineptitud sustantiva de la demanda, con base en que estaba caducada la acción declarativa de dominio contra la Nación puesto que los demandantes no hicieron oposición a una propuesta de la Texas Petroleum Company para explorar y explotar el petróleo que pudiera encontrarse en una extensión de terreno de cien mil hectáreas en jurisdicción de los municipios de Medina, Macanal, Campohermoso, Barranca de Upía y Cabuyaro. Tam-

poco presentaron demanda ordinaria declarativa de dominio contra la Nación dentro de los dos años señalados por el artículo 5º de la ley 160 de 1936. La segunda excepción la fundó el señor Fiscal en que la demanda "no reúne los requisitos legales especiales para las acciones declarativas de dominio sobre petróleos señalados en los artículos 5º y 7º de la ley 160 de 1936, por cuanto no había sido precedida de un juicio breve y sumario proveniente de aviso u oposición a propuesta de contrato, o de la simple aceptación de propuesta a la cual no se hubiera hecho oposición en oportunidad legal".

En la sentencia de instancia pronunciada por el Tribunal de Bogotá el 2 de abril de 1951 se dice al respecto:

"La acción declarativa de dominio, o sea la que persigue el reconocimiento del derecho de propiedad sobre un bien determinado, se rige por las reglas generales del derecho común y se puede ejercitar en cualquier tiempo por el que se pretenda titular del derecho.

"...a la demanda ordinaria contra la Nación sobre la propiedad del petróleo, instaurada por los opositores o por los que se crean dueños, debe anteceder el proceso administrativo de que trata la ley 160 de 1936, y de consiguiente dicha acción no es viable en cualquier tiempo, sino una vez tramitado por la vía administrativa el aviso de exploración y explotación, o resueltas por la Corte las oposiciones a las propuestas de contrato, y si la demanda ordinaria se instaura antes, surge la excepción de inepta demanda o petición antes de tiempo por haberse pretermitido la actuación administrativa.

"De lo dicho anteriormente se observa, que tanto la excepción de caducidad como la de inepta demanda no pueden tener lugar por las causales antes dichas, sino cuando se demanda en juicio ordinario a la Nación para que se declare de propiedad particular el petrólco existente en un determinado bien, pero como en el presente caso, según las súplicas de la demanda la acción instaurada es para que se declare que el suelo y subsuelo del globo de terreno a que se refiere la presente demanda dejó de ser propiedad del Estado y entró al patrimonio del señor Valentín Martín, hoy al de sus sucesores, no se configuran las excepciones propuestas por seguirse en el presente juicio el trámite de las reglas comunes para el reconocimiento del derecho de propiedad, sin sujeción a los requisitos previos de carácter administrativo que constituyen la excepción cuando se trata de peticiones sobre propiedad particular del petróleo".

En la misma sentencia se declararon "infundadas y no probadas las excepciones perentorias propuestas de carencia de acción por parte de los demandantes y de ineptitud sustantiva de la demanda".

- III -

Tramitándose ante la Corte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso un incidente de nulidad del juicio por incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería de los demandantes.

Para sustentar la primera causal, dice el señor Procurador que no es posible discutir judicialmente la propiedad petrolífera del subsuelo de un terreno sino cuando ha mediado una tramitación administrativa previa; que los demandantes Martín no se opusieron a la propuesta número 44 de la Texas Petroleum Company ni iniciaron oportunamente juicio ordinario. "Si se considera, en cambio, como han pretendido sostenerlo los demandantes, que este juicio no tiene relación con la propuesta número 44, se tiene que no ha surgido todavía para ellos la oportunidad legal para presentar su demanda. En una u otra hipótesis necesariamente hay que concluir que ni la Corte tiene jurisdicción para conocer de la segunda instancia de este juicio, ni el Tribunal de Cundinamarca pudo tenerla para conocer de la primera".

El señor Procurador funda la segunda causal de nulidad en que la declaración de herederos hecha por el Juzgado del Circuito de Guateque en la sucesión de Valentín Martín y Serafina Barreto no tiene valor por haberse anulado dicho juicio, y en que los demandantes no son descendientes de aquéllos.

El señor Magistrado ponente decidió adversamente las solicitudes del señor Procurador, en providencia fechada el 21 de julio último, contra la cual se interpuso el recurso de súplica que corresponde resolver a los restantes Magistrados de la Sala, a lo cual se procede mediante las siguientes consideraciones:

La causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción la funda el señor Procurador en las mismas circunstancias y razones expuestas por el Fiscal del Tribunal como base de la excepción que él llamó de carencia de acción, que fue considerada y decidida en la sentencia de primer

grado y que, por lo mismo, no puede ser objeto de decisión en un incidente de previo y especial pronunciamiento.

Tanto el recurrente como el señor Magistrado sustanciador en el auto suplicado, emprenden una tarea interpretativa de la demanda para sostener el primero que ésta tiene por objeto primordial el dominio del petróleo y para afirmar el segundo "que los demandantes no persiguen la declaración sobre dominio del petróleo". Tampoco puede, en incidentes como éste, resolverse el punto relativo a la interpretación de la demanda en forma que obligue al sentenciador en la instancia, pues ese punto debe ser precisamente la materia de la sentencia que ponga fin al recurso de apelación que está para la decisión de la Sala de Negocios Generales.

Igual cosa puede decirse con respecto a la ilegitimidad de la personería de los demandantes, pues lo que se pretende ahora es debatir el aspecto sustantivo de la representación de la herencia de Valentín Martín y Serafina Barreto, por quienes se dicen herederos, que es precisamente la cuestión que en primer lugar debe estudiarse en el fallo de instancia para saber si los actores tienen o no interés jurídico en obtener las declaraciones que se solicitan en la demanda. Tampoco puede anticiparse en un incidente la resolución de este otro punto que es sustancial en la instancia.

Lo anterior basta para demostrar que en el presente juicio, tal como quedaron planteadas por los actores las súplicas de la demanda y por el Fiscal del Tribunal las excepciones de "carencia de acción e ineptitud sustantiva de la demanda", no es jurídicamente posible decidir en un incidente, adversa o favorablemente, cuestiones que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primer grado. Debe, pues, revocarse el auto suplicado para resolver en su lugar que no es el caso de declarar que sea o no sea nulo el juicio con base en los hechos alegados por el señor Procurador Delegado en lo Civil para configurar las causales de incompetencia de jurisdicción y de ilegitimidad de la personería de los actores.

Por tanto, la Sala Plural REVOCA el auto de fecha 21 de julio último, pronunciado en este incidente, y en su lugar decide que no son materia de especial y previo pronunciamiento en incidente de nulidad las cuestiones planteadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su memorial de fecha 27 de octubre de 1954.

Notifíquese.

Néstor Pineda — Aníbal Cardoso Gaitán — El Conjuez, **Blas Herrera Anzoátegui — Jorge García Merlano**, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES POR EL NAUFRAGIO DE UNA NAVE. — CONTRATO DE FLETAMENTO. — LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO

1.—El artículo 353 del Código de Comercio Marítimo establece que si el naufragio o varamiento procediere de que la nave no fue convenientemente reparada o pertrechada para el viaje, el naviero responderá exclusivamente a los cargadores de los perjuicios causados a la carga...". Este es el caso que se contempla en los autos, pues las naves no fueron acondicionadas adecuadamente para su defensa antes del viaje.

2.—La cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte marítimo, conforme a la jurisprudencia consignada en varios fallos de la Corte, es lícita y produce efectos respecto del transporte de carga, siempre que no se compruebe culpa grave de parte del acarreador. (Ver G. J. Tomo LXII, pág. 680).

3.—La coincidencia del hundimiento de las embarcaciones con la tempestad que se desató en torno a ellas en la noche del accidente, no puede servir para estimar que la causa determinante del siniestro fuese el temporal marítimo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dictó sentencia de primer grado, el 20 de octubre de 1954, en el juicio ordinario de Joel Vásquez R. contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, propuesto con el fin de obtener el reconocimiento de una indemnización por perjuicios. El fallo del Tribunal dispone: "Declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción en el demandante, señor Joel Vásquez R., para solicitar indemnización de perjuicios con motivo del naufragio de los pangones números 54 y 55, de propiedad del Ferrocarril del Pacífico, hecho ocurrido el día 25 de agosto de 1948 y con ocasión del transporte a que se contrae la carta-contrato número 37357, de 6 de agosto de 1948, suscrita por el Administrador del Puerto de Buenaventura y el expresado señor Joel Vásquez R. y en consecuencia, ABSUELVE al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con sede en Bogotá y representado por su Administrador General, de todos y cada uno de los cargos que se le formulan en el libelo de 25 de enero de 1949, suscrito por el abogado Alfonso Navarro, en su condición de apoderado judicial del señor Joel Vásquez R."

Son **hechos** de la demanda los siguientes:

Primero.—De acuerdo con la póliza de fletamento o sea la carta-contrato Nº 37357, de fecha 6 de agosto de 1948, la Administración del Puerto de Buenaventura, que es dependencia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, celebró con el señor Joel Vásquez R. un contrato de fletamento marítimo, arrendándole al mentado Vásquez, totalmente, por precio y tiempo estipulados, el Remolcador "Dagua" y dos Pangones, para transportar en éstos, del Chocó (Pizarro) al Puerto de Buenaventura, "de cinco a seis mil traviesas", es decir, piezas de madera labrada.

Segundo.—En esa virtud, las naves salieron del Puerto de Buenaventura a las bocanas y ríos en donde debían tomar la carga, a eso de las ocho de la noche del nueve (9) de los mismos mes y año, dándose a la vela sin que el fletante o naviero las hubiese pertrechado ni aprovisionado debidamente, y sin que sus subalternos o sea el Capitán-piloto del remolcador las hubiese revisado en orden a las condiciones de garantía y seguridad que para el viaje brindasen, igualmente omitiendo aquellos requisitos que para la navegación marítima prescribe el numeral 1º del artículo 90 del Código sobre la materia. Empero, el dicho naviero o fletante, exigió sí que el fletador depositase en la Caja de la Administración del Puerto, a buena cuenta del flete, un mil pesos moneda corriente, depósito éste que el aludido

fletador hizo por el día ocho de los mismos mes y año;

Tercero.—Como los pangones o naves que iban a recibir en sus bodegas la carga o madera del transporte, salieran vacíos —traccionados por el remolcador— navegaron, así, durante los días nueve (9) y diez (10) de los citados mes y año, pero no sin que en ese viaje de ida la tripulación hubiese tenido que afrontar serias novedades consistentes en que los tales pangones desde la salida de Buenaventura comenzaron a "hacer aguas", a causa de filtraciones provenientes de las junturas de sus planchas o láminas, que en lugar de ser ajustadas a remaches, eran simplemente amoldadas con tornillos y sin firme guarnecimiento en sus junturas. Efectivamente, la tripulación de marinería durante ese viaje de ida y aún los pangones vacíos, se vió precisada a sostener en las bodegas de éstos una acción permanente de achique, extrayendo a mano y con baldes, porque carecía de bombas y elementos eficientes, el agua que desde Buenaventura comenzó a filtrarse, a causa del inadecuado amoldamiento y junturas de las láminas, hecho con meros tornillos.

Cuarto.—Por el día trece (13), después de muchas peripecias en que la tripulación hubo de demorarse en abordajes obligados para achicar como podía los dichos pangones, arribó junto con las naves a la bocana del Docampadó, lugar éste en que debía hacerse el primer embarque de la carga. Dentro de este río, el remolcador dejó en el sitio denominado "Pomeño" uno de los pangones y siguió con el otro, hasta atracarlo en el punto llamado "Belén" distante a una jornada de aquél. De estos sitios y apenas cargados parcialmente los pangones, las naves y su tripulación volvieron a salir a la mar, en las horas de la mañana del día catorce (14), para entrar a la bocana de "Ciburí", en donde había más madera para cargar. Al poco rato de navegación y ya dentro de la bocana del mencionado río, la tripulación se vió precisada a varar en un bajío o playa ambos pangones, para achicarlos una vez más, porque era mucha el agua que ya hacían con la mediana carga que habían recibido. Es de advertir que en esta ocasión el achique no se logró mediante el solo manipuleo con baldes, sino sacándole a los pangones muchos pernos y tornillos para que por los correspondientes orificios expelieran el agua, tanto de los cambuches de sus boyas de flotación, como de las mismas bodegas, operación ésta que reclamó tres días de dispendioso trabajo a la tripulación;

Quinto.— Las naves y sus tripulantes tomaron enseguida el río Baudó, sobre el cual, en el sitio llamado "La Puerquera", debe ser complementada la carga de los pangones, mas como al arribar a dicho sitio fuese mucha el agua que en sus bodegas han vuelto a filtrar por sus junturas y tornillos los pangones, se impone a la tripulación por una vez más otra labor de achique. En estas nuevas peripecias de achicar y completar el embarque de la carga, demora sobre el Baudó, en Pizarro y La Puerquera, el convoy cuatro (4) días más. Durante este interregno, el señor Rodolfo Minning, representante del fletador y dueño de la carga, reiteradamente hace ver al Capitán, que la más elemental prudencia impone mandar a traer a Buenaventura bombas de achique y adecuados elementos con los cuales sea factible dominar las filtraciones de agua, vale decir, los riesgos que se exponen, de afrontar el viaje de regreso en tales circunstancias, tan peligrosamente previsibles. El Capitán, empero, hace caso omiso de esa advertencia y solicitud del representante del fletador;

Sexto.—Entretanto, el señor Joel Vásquez R., fletador de los Pangones y dueño de la carga, mientras el convoy y la tripulación luchaban en las bocanas y ríos achicando los tales Pangones, preocupado por la demora que ya para el veintiuno de agosto patentizaba respecto de su regreso el mismo convoy, acudió en dicha fecha al Administrador del Puerto, en Buenaventura, manifestándole sus temores de que los navegantes hubiesen sufrido alguna calamidad y sugiriéle al propio tiempo, que les enviase auxilios, especialmente bombas para achicar, porque en el mismo puerto el público hablaba de lo impropio de las tales naves para la navegación y transporte de carga, por las vías de agua, dizque, tenían, y lo muy probable, según el rumor público, que era su naufragio por esas mismas causas, máxime cuando también se hablaba de que carecían de bombas para achicar el agua que filtraba por sus tornillos. El señor Administrador, muy confiado y negligente asaz, manifestó entonces a Vásquez que esperaran un poco, porque dizque había sabido que el remolcador estaba en Pizarro achicando los pangones, para salir de regreso;

Séptimo.—Es ya el día veintitrés (23) de agosto, El convoy sale de Pizarro a las seis de la mañana, y apenas ha navegado unas seis (6) horas, nota la tripulación del remolcador, ya en mar abierto, que la marinería de uno de los pangones hace señales. Sobre los cables de traccionamiento el Capitán regresa el remolcador hacia el pangón de donde le hacen las señales. Que ocurre? Pues que

ese pangón, cargado como el otro, está lleno de agua. No les queda más que buscar abordaje en alguna bocana para proseguir en la labor de extracción del agua, valiéndose de baldecitos. A lo lejos ven la bocana llamada "Higuá", y enrutándose a ella, la toman al atardecer. Toda la noche, atracados a la orilla del Higuá, trabajan achicando como pueden los dos pangones que transportan la madera. El representante del fletador, señor Minning, vuelve a insistir ante el Capitán-piloto de las naves, para que posponga la navegación, hasta tanto logre que de Buenaventura le suministren otros planchones que no hagan aguas, o siquiera bombas para achicar con eficiencia estos filtradores que traen la carga. En su preocupación propone al expresado Capitán, que dejen atracados los tales pangones allí, que es en el río Higuá, y vayan ambos en el remolcador a Buenaventura. El Capitán dícele entonces a Minning que no hay necesidad, pues que los pangones han quedado bien achicados y que pueden llegar, en viaje de regreso al puerto;

Octavo.—Durante toda la noche del citado veintitrés de agosto, la marinería ha pasado la noche en la que sería última y multirepetida tarea de achicar las embarcaciones cargadas. Ahora al amanecer del día 24, a las seis de la mañana conforme a las órdenes del Capitán jefe del convoy, los navegantes salen del Higuá y surcan nuevamente el mar, tratando de coronar tantos azares como los que han pasado, con un viaje de regreso que los ponga, sanos y salvos, junto con la carga, en el puerto de Buenaventura. A la altura de "Charambirá", siendo el medio día, los pangones están haciendo, otra vez, agua, no obstante lo cual el Capitán no modifica el itinerario del viaje. Con el acer (sic) de la tarde, el representante del fletador, Sr. Minning, está nuevamente aprehensivo, porque piensa que carecerán de refugio si la emergencia, es decir, las filtraciones, o cualquier otro evento, los acosare navegando en la noche. Estas preocupaciones las pone de presente el Capitán y, todavía más, le inquiere si no les pasará "algo", viajando de noche. El Sr. Capitán y Jefe del convoy, le contesta que nó, que no les pasará "nada". Y siguen, mar adentro, anocheciendo, así:

Noveno.—La noche los ha envuelto en la más densa oscuridad, y a eso de las diez (10), un torrencial aguacero se cierne en derredor, apagando los fogones que la marinería lleva como luz en los pangones, porque también carecen éstos de linternas y de lámparas. A ciegas van ahora, anonadados por la inconmensurable masa del océano, e impotentes ante la oscuridad que los envuelve y el chubasco tropical que de lo alto los cae, aterándolos e inundando las embarcaciones, cargadas y sin cobertizo. A la una de la madrugada, la tripulación del remolcador siente que éste se hace pesado, y que va perdiendo marcha. El Capitán ordena que el motor del remolcador se pare, y el silencio de las máquinas le permite, entonces, oír los gritos de auxilio que la marinería de los pangones lanza, asida a tablas de salvación sobre la superficie del mar. Es que la tragedia se ha producido. Uno de los pangones se ha hundido ya, en tanto que el otro, colmado de agua, describe la vertical despedida que toda nave hace cuando se va al fondo del mar. El Capitán ha logrado, apenas, defender del hundimiento su nave, haciendo que instantáneamente los cables de tracción que la unían a los pangones, se zafen y salvando así el remolcador, logra rescatar a toda la tripulación náufraga de los pangones.

Décimo.—Es así, pues como en esa madrugada del 25 de agosto de 1948, a los 17 días de haber salido de Buenaventura, naufragan en viaje de regreso, cargados y en alta mar, los dos pangones que el Ferrocarril del Pacífico arrendara, para transportar maderas, a Joel Vásquez R., según la expresada póliza de fletamento. El siniestro o naufragio provino, como es obvio, por la impropia e inadecuada contextura de las embarcaciones para el objeto para el cual se las arrendó, esto es, por ser dichas embarcaciones atorrilladas y no remachadas, lo cual permitía que por los amoldamientos y junturas de sus láminas tuviesen dichas embarcaciones tantas vías de aguas como tornillos y junturas tenían, ocasionando así, tal como aconteció, que las embarcaciones hiciesen aguas, al punto que el achique no podía compensar la que de continuo colmaba las bodegas; como factor concurrente, también, está el palmario de haber arrendado las tales embarcaciones, sin haberlas aprovisionado siquiera de bombas para la extracción del agua que filtraban y que, acaso, hubiera podido dominarse con elementos mecánicos de buena naturaleza y capacidad; así mismo, como factor concurrente, ha de reconocerse, el torrencial aguacero que en la noche del caso se cernió sobre el convoy, y que, como lo expresa el Capitán, "colaboró en el accidente ocurrido" (de la protesta del naufragio). Vale decir pues, que la imprevisión y negligencia del naviero o fletante, como así mismo de su representante, el Capitán-piloto

del convoy, determinaron el siniestro o naufragio.

Undécimo.—Esos pangones, que en las expresadas condiciones de lugar, tiempo y modo naufragaron, al emprender su infortunado viaje de regreso, habían recibido en sus bodegas, la siguiente carga de maderas, de propiedad del fletador, señor Joel Vásquez R.: 2.537 polines de chachajo; 3.148 piezas de guayacán; 1.000 tablones de cedro rojo, de 2 x 10; 500 tablas de cedro, de 1 x 10, y 120 trozos de madera común. Todo este cargamento se fue al fondo del mar, en las bodegas de los pangones, al naufragar las dichas embarcaciones. Es decir, que como resultante del naufragio, el señor Joel Vásquez R. recibió en sus intereses y bienes un daño equivalente no solamente al valor total de dichas maderas, sino también a gastos que para el embarque de esa carga hubo de erogar, pagando la marinería de los dos pangones, amén de los perjuicios que por contratos incumplidos respecto de la entrega de las mismas maderas le reclaman y exigen: Miguel Valencia, de Medellín, por toda la madera de chachajo, Horacio Ochoa, de Pereira, por el guayacán, Emilio Jordán, de Cali, por el cedro, Gerardo Escobar y Cruz Cardona, ambos de Medellín, por otra porción de las tablas de cedro, personas todas éstas con quienes Vásquez R., dueño de tales maderas naufragadas, había ajustado contratos de venta y envíos de las mismas maderas.

A continuación de otros hechos, el demandante formula la siguiente petición:

"Demanda—Basándome en la exposición anterior, y en el derecho que invocaré, yo Alfonso Navarro, mayor, vecino de Cali, en el carácter de mandatario judicial del señor Joel Vásquez R., de condiciones civiles ya expresadas, instauro mediante este libelo demanda ordinaria contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con sede en Bogotá y representados por el Administrador General, impetrando contra éstos y a favor de mi mandante, se profieran judicialmente, como culminación del juicio, las siguientes o análogas declaraciones condenatorias:

"Primera.—Que son responsables civilmente del siniestro o naufragio, en el que el señor Joel Vásquez R., a virtud de contrato de fletamento marítimo celebrado con los mismos, perdiera efectos de su propiedad consistentes en siete mil cuatrocientas cinco piezas de madera labrada, siniestro o naufragio ése ocurrido en la madrugada del 25 de agosto de 1948, en alta mar, a la altura de las bocas del San Juan y en el que se hundieron, naufragando en el fondo del mar, u Océano Pacífico dos pangones de propiedad del naviero o fletante y en los cuales naufragó, perdiéndose, la expresada madera;

"Segunda.—Que deben, por tanto, los expresados Ferrocarriles Nacionales, indemnización de perjuicios al señor Joel Vásquez R., por los expresados efectos que en el dicho naufragio perdió, como así propio por todos los daños y perjuicios que como consecuencia del mismo naufragio, es decir, de la pérdida de sus efectos, deriva y sufre en su patrimonio económico, así por fletamento pagado, o erogaciones de embarques e indemnizaciones debidas a terceros por razón de haber incumplido contratos sobre entrega de tales maderas, a causa de haberlas perdido en el dicho naufragio;

"Tercera.—La indemnización, que por daños y perjuicios deben los expresados Ferrocarriles Nacionales al señor Joel Vásquez R., por tales causas y motivos, conforme a la responsabilidad que los mismos tienen en el naufragio, equivalen y es por la suma de veintisiete mil trescientos noventa y tres pesos ($ 27.393.00) moneda corriente, o en subsidio, por la suma que pericialmente resultare regulada judicialmente;

"Cuarta.—Que las costas del juicio son de cargo de los mismos Ferrocarriles Nacionales."

Al contestar el libelo el demandado aceptó algunos hechos y negó los consignados en los números 3º, 4º, 5º, 6º, 7o. y 8o., todos ellos referentes a las circunstancias en que se cumplieron los que motivaron la acción.

El Tribunal dictó sentencia de primer grado, como se explica al comienzo de la presente, declarando probada la excepción de carencia de acción en el demandante y absolviendo al demandado

En la segunda instancia se ha cumplido su trámite, hasta llegar el asunto al estado de resolverse sobre el recurso de apelación interpuesto. No se produjeron pruebas. El demandante no alegó de conclusión, lo que tan sólo hizo el demandado.

La responsabilidad de los Ferrocarriles Nacionales en el naufragio de las embarcaciones que transportaban la madera de propiedad del actor, se plantea concretamente en el hecho décimo del libelo así: "El siniestro o naufragio provino, como es obvio, por la impropia e inadecuada con-

textura de las embarcaciones para el objeto para el cual se las arrendó, esto es, por ser dichas embarcaciones atornilladas y no remachadas, lo cual permitía que por los amoldamiento y junturas de sus láminas tuviesen dichas embarcaciones tantas vías de aguas como tornillos y junturas tenían, ocasionando así, tal como aconteció, que las embarcaciones hiciesen aguas, al punto que el achique no podía compensar la que de continuo colmaba las bodegas como factor concurrente, también está el palmario de haber arrendado las tales embarcaciones, sin haberlas aprovisionado siquiera de bombas para la extracción del agua que filtraba y que, acaso, hubiera podido dominarse con elementos mecánicos de buena naturaleza y capacidad; así mismo, como factor concurrente, ha de reconocerse, el torrencial aguacero que en la noche del caso se cernió sobre el convoy, y que, como lo expresa el Capitán, "colaboró en el accidente ocurrido" (de la protesta del naufragio). Vale pues decir, que la imprevisión y negligencia del naviero o fletante, como así mismo de su representante, el Capitán-piloto del convoy, determinaron el siniestro o naufragio".

Además de los documentos acompañados a la demanda, que se dispuso tener como pruebas, las partes solicitaron otras que se produjeron en la primera instancia. El Tribunal, en el fallo que ahora se revisa, hace la relación completa de ellas, y luego las califica mediante las consideraciones que allí aparecen. De estas últimas estima la Sala conveniente destacar estos pasajes: "Por lo demás, un número plural de testimonios hacen coexistir el naufragio con el accidente de mar relatado en su lugar, aunque otro grupo de declarantes haya tratado de ocultarlo y haya conceptuado que el accidente se debió a defectos de construcción de las naves y a falta de elementos de achique; pues no habiendo sido contradichos o redargüidos aquellos testimonios originales, ni pudiéndose aceptar como concepto pericial las afirmaciones escuetas de los declarantes del último grupo, la coexistencia advertida sigue obrando hasta el extremo de no poderse separar el naufragio del accidente de mar, por más que los expertos señores Aurelio D. Croz Reina y Jenaro Botero Vásquez hayan dictaminado que los pangones no eran aptos para navegar en mar abierto y que es ilícito haberlos dado en arrendamiento en esas condiciones, sobre todo por carecer de bombas o implementos para el achique.... Definido como está que el naufragio de los planchones o pangones coincidió con el accidente de mar relatado en la protesta (la navegación fue normal desde las seis de la mañana del 4 de agosto de 1948, hasta las nueve de la noche del mismo día, hora en que empezó a desarrollarse el vendaval, la marejada, etc. según se expresa en la referida protesta), la ocurrencia de aquel siniestro es inseparable de su causa, y en esas condiciones el caso queda incluido en el accidente de mar o fuerza mayor de que trata el artículo 316 del Código de Comercio Marítimo, cuyas consecuencias deben ser soportadas por el propietario de las cosas que hubieren sufrido el daño, según el artículo 318 de la misma obra; y conclusión que se impone con mayor fuerza en el presente caso, en que por convenio de las partes o sea por las condiciones pactadas en la carta-contrato de 6 de agosto de 1948, se reveló al naviero de la responsabilidad por el riesgo del personal enviado en los vehículos o embarcaciones, como por la pérdida de la madera que se iba a transportar, pues así se desprende obviamente del siguiente análisis: La responsabilidad del naviero o del Capitán está circunscrita a los elementos o cosas que se transportan en la nave, la cual comprende el casco y quilla, los aparejos y accesorios de toda embarcación principal, sea cual fuere su denominación y magnitud y sea de vela, o remo o vapor, conforme la definición del artículo 5º del Código de Comercio Marítimo; o sea que no puede darse la misma significación a los embarques y transportes que se hagan en naves distintas de la principal, mediante utilización de lanchas, pangones o planchones de embarque o desembarque en los puertos de difícil acceso, o en travesías como la que se tuvo en mira o fue objeto de la carta-contrato suscrita por la Administración del Puerto de Buenaventura y el señor Joel Vásquez R.; la naturaleza frágil de estas embarcaciones, su falta de estabilidad y resistencia ante los embates del mar y el hecho de que los pangones carezcan de cobertizo o techo que los proteja de las lluvias, son otras tantas causas que los sustraen al rigor de las disposiciones del C. de Comercio Marítimo, a menos, naturalmente, que el naviero haya asumido expresamente todos los riesgos, y a la manera como tendría que soportar éstos si cargara sobre cubierta las mercancías, sin la expresa autorización de los fletadores, o sea contra la prohibición del ordinal 7º del artículo 100 del Código de Comercio Marítimo. De donde se deduce que si el fletador convino en que para el transporte se utilizase un medio de navegación tan precario, como lo debía saber el señor Joel Vásquez R., quien ya

tenía experiencia del caso (los testigos Isaías Vargas Riascos y Miguel Insignares afirman en sus declaraciones que el señor Joel Vásquez ya había utilizado pangones para el transporte de madera, en la misma ruta), y se aceptó la condición de relevar de los riesgos al fletante, la cláusula de exoneración debe tener cumplido efecto, por tratarse de un caso de excepción a las reglas generales que rigen para los transportes en la nave principal, como así lo pactó libremente en la carta-contrato de 6 de agosto de 1948. La similitud entre el transporte en pangones y el que se hace sobre cubierta con autorización de los fletadores, tiene que producir idénticas consecuencias, en este caso la relevación de los riesgos para el Capitán y el naviero, sin que el orden público quede afectado o se violen los principios fundamentales del comercio marítimo; similitud que proviene de la mayor incidencia de los riesgos por la intemperie u otras causas incontrolables, máxime cuando, como en el caso de los pangones, la carga se transporta en naves distintas y separadas de la principal. Sobre estos particulares, y en relación con las contingencias propias de esta clase de transporte, obsérvese la maniobra a que se vió obligado el Capitán del remolcador Dagua, en el mismo momento del naufragio, cuando, para salvar la nave principal que le había sido confiada, tuvo que soltar la espía que sujetaban los pangones, en cumplimiento del deber que le impone el ordinal 4º del artículo 96 del Código de Comercio Marítimo. En suma: No pudiéndose aceptar la afirmación de los testigos acerca de que el naufragio tuvo su origen exclusivamente en los vicios de construcción de los pangones y en la falta de bombas de achique, en contraposición con las declaraciones que lo hacen coincidir con el accidente de mar o fuerza mayor de que hablan la protesta del Capitán y las informaciones recibidas de la tripulación; ni habiéndose probado eficazmente contra lo que aparece en este sentido en las diligencias levantadas por la Capitanía del Puerto, salta a la vista la carencia de acción para demandar la indemnización de perjuicios, no sólo por tratarse de una pretensión no incluida en el artículo 353 del Código de Comercio Marítimo, pues la avería particular debe soportarla el propietario de las cosas transportadas, sino por haber exonerado el señor Joel Vásquez R., de todos los riesgos, al fletante, según el pacto que se deja comentado."

Consideraciones de la Corte.

Por la forma como el juicio se planteo, por su desarrollo y por las conclusiones a que llegó el fallador de primera instancia, en especial por las razones en que se apoya la sentencia, debe la Sala detenerse a examinar las pruebas traídas al juicio y los argumentos que sustentan la decisión que es objeto del recurso.

Sobre los hechos que dieron origen al juicio, ambas partes solicitaron las pruebas que estimaron conveniente producir. El actor, en cuanto a testimonios se refiere, solicitó la ratificación de los siguientes, que se habían recibido antes de iniciar la acción: de Juan E. Angulo, Eduardo Valencia, Luis Granados, Efigenio Valencia, Máximo Caldas, Rodolfo Minning y Pedro León Potes. El demandado pidió la ratificación de las declaraciones de Eduardo Valencia, Efigenio Valencia, Luis Granados y Juan E. Angulo. También solicitó el demandado el derecho de representar al testigo Rodolfo Minning, cuyo testimonio se había presentado cuando se inició la demanda. Las ratificaciones se hicieron en la forma legal y a la del señor Minning no compareció a repreguntar el abogado de la parte demandada.

Concretando el análisis de la prueba testimonial a los declarantes Juan E. Angulo, Eduardo Valencia, Efigenio Valencia y Luis Granados, cuyos testimonios fueron pedidos por ambas partes, y al dicho de Rodolfo Minning, se tiene lo siguiente:

Juan E. Angulo declara: al punto segundo: "Es verdad que yo viajaba como tripulante en los planchones que remolcados por el remolcador Dagua, naufragaron a la altura de la bahía de Málaga, el día 24 de los corrientes, a la una y media de la mañana. Al punto cuarto: Es cierto que los mencionados pangones no llevaban bombas de achique para expeler el agua que continuamente se entraba. Al punto quinto: Es verdad que para achicar los pangones tuvimos que usar baldes, pues no disponíamos de ningún otro elemento para hacerlo. Al punto sexto: Es cierto que desde que salimos de este puerto y antes de cargar los pangones, éstos ya hacían agua, lo que era motivado por las características de ser atorrillados. Al punto séptimo: Es cierto que en el viaje que se hizo perdimos no una sola noche sino varios días achicando los pangones y esta fue la causa para que nos hundiéramos a la altura de la bahía de Málaga."

Eduardo Valencia: Al segundo punto: "Sí señor, yo iba con otros compañeros como tripulante de los pangones que naufragaron a la altura de la bahía de Málaga en la madrugada del 24 del corriente mes. Al punto cuarto: Es verdad

que los mencionados planchones no llevaban bombas de achique para expeler el agua que continuamente les entraba. Al punto quinto: Es verdad que para poder achicar los pangones hubo que usar baldes, pues no disponíamos de ningún otro elemento para hacerlo. Al punto sexto: Es verdad que desde que salimos de este puerto en los pangones y antes de cargarlos, ya hacían agua, lo que era motivado por las características de ser atornillados. Al punto séptimo: Es verdad que en el viaje de regreso perdimos varios días y noches achicando los pangones pues el viaje se hizo de la siguiente manera: en cuatro ocasiones nos tocó achicar y esto lo teníamos que hacer arrimándonos de bocana en bocana, estuvimos en Higuá, Pizarro, Docampadó y Belén en todos estos sitios nos tocó achicar. La noche que veníamos, cuando ya veníamos a la altura de Charambirá, después de haber sido achicados, ya traían agua, y cuando nos cogió la noche y que no traían los pangones ni lámparas para señales, fue que sucedió el accidente a la altura de Málaga a consecuencia de la mucha agua que traían los pangones y a esa hora no teníamos ya donde arrimarnos; tanto yo como mis compañeros nos salvamos en las tapas de una lancha-bote hasta que nos recogió el remolcador, ya el pangón en que yo viajaba se había ido a pique, yo andaba con Epifenio Valencia."

Luis Granados depone: "Al punto segundo: Es verdad que yo iba como tripulante en los planchones remolcados por el remolcador Dagua, los cuales naufragaron el veinticuatro de los corrientes, como a la una y media de la mañana a la altura de la bahía de Málaga. Al punto tercero: Los planchones creo que no eran aptos para el servicio a que los destinó el Ferrocarril del Pacífico, porque en el viaje les hicimos cuatro achicadas y a consecuencia del agua que les entró fue que naufragaron. Al punto cuarto: los pangones en donde viajaba yo y otros compañeros, ninguno de los dos llevaba bomba para achique, para expeler el agua que continuamente les entraba. Al punto quinto: Es cierto que para poder achicar los pangones tuvimos que usar balde, pues no disponíamos de ningún otro elemento para hacerlo. Al punto sexto: Es cierto que desde que salimos de este puerto antes de ser cargados los pangones ya hacían agua porque son atornillados. Al punto séptimo: Como dije antes, no sólo una noche sino varias noches y varios días gastamos achicando los pangones en distintas bocanas. El día que nos hundimos salimos de la bocana de Higuá con los pangones bien achicados pero les entró mucha agua y por eso como a la una y media de la mañana nos fuimos a pique"

Efigenio Valencia declara: "Al punto segundo: Yo viajaba como tripulante en las planchones que remolcaba el remolcador Dagua y que naufragaron el 24 de los corrientes como a la una y media de la mañana. Al punto cuarto: Los pangones mencionados no llevaban bombas para expeler el agua que continuamente les entraba. Al punto sexto: Es muy cierto que desde que salimos de este puerto en los pangones, éstos ya hacían agua, sin ir cargados, lo que era motivado por la característica de ser atornillados. Al punto séptimo: Es muy cierto que estuvimos no una noche sino varias noches y varios días achicando los pangones en distintas bocanas, la última ya de regreso fue la del Higuá, de donde salimos a las seis de la mañana y ya por la noche se habían llenado mucho los pangones y ya no teníamos donde arrimarnos."

Los testimonios de Juan E. Angulo, Eduardo Valencia, Luis Granados y Efigenio Valencia, tripulantes de los pangones que transportaban la madera de propiedad del actor, y que fueron solicitados por ambas partes en el juicio, demuestran claramente que las embarcaciones donde la madera se transportó hacían agua desde cuando salieron vacías del puerto de Buenaventura, y en todo el viaje de ida y de regreso, hasta su hundimiento. Fue constante la labor de la tripulación para achicar los pangones o sacar de ellos el agua que los invadía. Esta circunstancia, la de entrar el agua por las uniones o junturas de los tornillos, ostensible desde la salida del puerto, debió razonablemente hacer que el Capitán del convoy, antes de partir, aprovisionara debidamente las embarcaciones, con los aparatos o bombas que se usan para estos casos y que aseguraran la defensa de los pangones. La prueba pericial, de que se habla más adelante, confirma esta elemental apreciación que hace desde ahora la Sala. Pues si las embarcaciones en referencia no podían garantizar, por su naturaleza, la no entrada del agua a ellas, el naviero sí debió proveerlas de los elementos necesarios para defenderlas y librarlas del riesgo a que se las exponía llevándolas en esas condiciones a una travesía peligrosa, durante la cual recibirían la carga de propiedad del señor Joel Vásquez R. Esta prueba testimonial, se repite, uniforme y coincidente sobre las circunstancias difíciles y precarias en que se hizo la navegación de los planchones hasta su hundimiento, la encuentra la Sala suficiente para

comprobar lo afirmado en los hechos pertinentes de la demanda.

La declaración del señor Rodolfo Minning coincide, en lo esencial, con las ya anotadas anteriormente.

También se produjo, como se ha anticipado, una prueba pericial relacionada con varias cuestiones referentes a los hechos que originaron el pleito y a la apreciación que ellos les merecen a los expertos. Sus dictámenes los rindieron por separado. El perito Aurelio D. Cruz Reina dice: "Contestando el punto segundo del memorial de fecha, Cali noviembre 12 de 1949, por el Doctor Guerrero y en mi carácter de perito principal me permito decir: que embarcaciones o pangones como los naufragados de autos, que no eran remachados sino meramente atornillados, sin guarnecimiento, carentes de luces de posición, desprovisto de bombas de achique, es indebido alquilarlas como medio de transporte marítimo. El solo hecho de hallarse desprovistos de luces de posición, es suficiente motivo para no permitir la salida al mar. Mucho peor y hasta criminal se puede decir, si dichas embarcaciones tienen vías de agua y carecen de otros elementos de salvamento." El perito Genaro Botero Vásquez manifiesta: "Los elementos informativos y de juicio que muestra el proceso recalcan la circunstancia especial de ser los pangones que se utilizaron en el viaje en que acaeció el naufragio, atornillados y no remachados.... El tipo de pangón que se usó en el viaje del que se trata lo ha habido y lo hay en Buenaventura y para el trabajo a que se destina presta su servicio a satisfacción porque ésta es una bahía cerrada, sin tempestades ni marejadas fuertes y donde los elementos de salvamento están prácticamente a la mano con todos los recursos; ....— y de allí que este tipo de naves unidas por pernos no es utilizable en mar abierta ni gruesa como la zona donde navegaban dichos pangones —.... Establecido por todas las informaciones que figuran en el expediente que no hubo ni recambió ni ajuste de pernos y que en su viaje anterior a Tumaco hecho con los mismos pangones en febrero o marzo de 1948 cuando se hundió uno de ellos aquí en puerto —El Piñal— (Pedro Riascos folio 25), era ilícito, atrevido y denotaba indolencia o irresponsabilidad absoluta, enviar estos mismos pangones afuera de la bahía de Buenaventura, y más a la zona marítima del norte, sin los adecuados elementos de previsión y de salvamento, como consta de todas las declaraciones que demuestran que no se les habían colocado bombas manuales para extracción de agua ni otros elementos que ayudaran a que el pangón no se llenara de agua."

Los peritos son pues enfáticos al afirmar que en su concepto era temerario someter los pangones que naufragaron al viaje a que se les sujetó sin haberlos dotado previamente de elementos adecuados para extraer de ellos oportunamente el agua que naturalmente hacían.

Que los pangones hacían agua desde cuando salieron de Buenaventura, y siguieron recibiéndola en todo el trayecto del viaje, es hecho que resulta ampliamente demostrado con las declaraciones que se han visto, llevadas al juicio por solicitud no únicamente del actor, sino también de la parte demandada, lo que da mayor fuerza a los testimonio; y es concepto uniforme de los peritos el de que denota "irresponsabilidad" en el acarreador el haber puesto en marcha los pangones sin proveerlos de elementos idóneos para su defensa. Con las declaraciones dichas y con el dictamen pericial se comprueba plenamente la culpa de la empresa transportadora que fletó los pangones al señor Joel Vásquez R. Porque si era natural que éstos hiciesen agua, por la calidad de su construcción, era así mismo de elemental prudencia haberlos dotado de los medios eficaces para defenderlos de la excesiva entrada de agua, que pudiera causar su hundimiento.

La coincidencia del hundimiento de las embarcaciones con la tempestad que se desató en torno a ellas en la noche del accidente, no puede servir para estimar que la causa determinante del siniestro fuese el temporal marítimo. Seguramente éste "colaboró", como lo dice el Capitán en su protesta dejada al regresar a Buenaventura. Pero es evidente que las condiciones de inseguridad en que se encontraban las naves al salir de aquel puerto, comprobadas o ratificadas por lo que se observó en todo el viaje, constituyen prueba fehaciente de incuria y de falta grave de prudencia en el transportador.

Las consideraciones que aquí se hacen respecto de la prueba testimonial y de la pericia examinadas, explican por qué la Sala no se halla de acuerdo con la calificación que de ellas hace la sentencia de primera instancia.

El fletamento es un contrato de transporte, por el que el naviero, personalmente o representado, arrienda a otro la nave equipada y armada, y se obliga a conducir en ella, a un lugar determinado, mercaderías o personas mediante un precio convenido (Art.160 del Código de Comercio Marítimo). Obsérvese que la obligación de transportar la carga se refiere a las naves en general

y no a la "principal" como lo sugiere el fallo que se revisa.

El artículo 353 del código citado establece que "si el naufragio o varamiento procediera de que la nave no fue convenientemente reparada y pertrechada para el viaje, el naviero responderá exclusivamente a los cargadores de los perjuicios causados a la carga...." Es precisamente el caso que se contempla en estos autos, pues las naves no fueron acondicionadas adecuadamente para su defensa antes del viaje. Sin que sea óbice al establecimiento de esta relación jurídica la exoneración de responsabilidad que se estipuló en la carta-contrato de fletamento, por las razones que en seguida se expresan:

La cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte marítimo, conforme a la jurisprudencia consignada en varios fallos de la Corte, es lícita y produce efectos respecto del transporte de carga, siempre que no se compruebe culpa grave de parte del acarreador, la que aquí aparece demostrada. Conviene transcribir lo más pertinente de la doctrina a que se ha hecho referencia: "En la sentencia antes citada, por las razones que allí detenidamente se expusieron, la Corte llegó a concluir que "si como el artículo 306 del Código de Comercio que obliga al empresario privado de transporte a probar el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad por daño de lo transportado, es incompatible con el carácter de la navegación aérea, sucede lo propio con el artículo 328 del mismo código y con el artículo 8º de la Ley 52 de 1919 sobre limitación de la responsabilidad, limitaciones que son aceptables en el régimen común del derecho civil, claro que no hasta dejar impune el dolo del deudor, sino con sentido de aminorar su responsabilidad pecuniaria, o de excusarlo de ciertas culpas leves no intencionadas". Entonces acudiendo para llenar el anotado vacío a los principios del C. Civil en donde está visto que es válida la cláusula de no responsabilidad, a igual solución cabe llegar con respecto al transporte aéreo, y si hubieren de seguirse los principios del derecho marítimo, la conclusión sería en todo caso la misma; pero debe advertirse que tal solución sólo reza por el contrato de transporte de mercaderías, porque en cuanto al de personas ya se ha dicho que esa cláusula es inválida por contraria al orden público, siempre que con fundamento en ella se pretenda descartar la responsabilidad del transportador por cualquier clase de culpas suyas o de las personas por quienes él debe responder. Y aún dentro del contrato de transporte de cosas, de cualquier naturaleza que él sea, la cláusula de exoneración en los casos en que ella es lícita no tiene un poder liberatorio absoluto, pues no exime al transportador de responsabilidad cuando quiera que en la inejecución de la obligación medie el dolo o una culpa grave que le sea imputable. Porque esa cláusula no puede entenderse en el sentido de que el deudor de la obligación de transportar puede tener la facultad de cumplirla o no, a su arbitrio, porque entonces se confrontaría el caso de una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, la que es nula al tenor del artículo 1535 del C. C. Además, porque con tal entendimiento dicha cláusula equivaldría a una condonación del dolo futuro, lo que determina su invalidez, al tenor del artículo 1522 del C. C. Y como en materias civiles la culpa grave equivale al dolo (artículo 63 del C. C., inciso 1º) la solución debe ser la misma en uno y otro caso. De allí que la potestad exonerativa de una cláusula de no responsabilidad deba ser restringida en materia de transporte de mercaderías a aquellas clases de culpas que según el citado artículo 63 caben dentro de las catalogadas como leves o levísimas." (G. J. Tomo LXII, página 680).

De la culpa grave de la empresa que fletó los pangones a Joel Vásquez R. resulta su responsabilidad civil y la obligación de indemnizar al demandante.

El daño sufrido por éste se justipreció por peritos en el juicio. De los tres dictámenes, uno por veinticuatro mil novecientos diez y nueve pesos noventa centavos ($ 24.919.90), del perito principal Alfonso Guerrero P. (f. 10 c. 3), otro por diez y siete mil seiscientos sesenta y cinco pesos ($ 17.665.00), del perito principal Genaro Otero Vásquez (f. 44 c. 3), y otro por veinte mil novecientos treinta y seis pesos con sesenta centavos ($ 20.936.60), del perito tercero Francisco Bernatte. (f. 51 c. 3), resulta, aplicando el promedio (art. 721 C. J.), la cantidad de veintiun mil ciento sesenta y tres pesos con ochenta y tres centavos ($ 21.173.83), que debe regir el pago del perjuicio. A cubrir esta suma ha de condenarse a la parte demandada, revocándose al efecto el fallo de primera instancia.

Ante la Corte, el abogado de la parte demandada propone la excepción de ilegitimidad de la personería de aquella, en estos términos: "Además de lo anterior, se hace notar que existe en este juicio la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, que existe y propongo. Se demandó di-

rectamente a la entidad Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como responsable y no la Nación, que delegó en dicho Consejo la administración del Puerto de Buenaventura y por lo tanto es la Nación como delegataria la responsable y no la entidad delegada que lo fue el extinguido Consejo; como se desprende del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de fecha 2 de julio de 1947, en el cual se prorrogó el últimamente celebrado que vencía el 22 de marzo de 1947, por el término de 5 años". Fácil es observar cómo no prospera la excepción planteada. El transporte de la madera de propiedad del actor, por los pangones llevados por el remolcador Dagua, fue acto claramente realizado en ejercicio de la administración del Ferrocarril del Pacífico, o de sus dependencias, confiada al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. La personería de éstos para responder en juicio por los actos comprendidos dentro de su administración se halla consagrada expresamente en las leyes y decretos orgánicos de dicha entidad. En muchos fallos la Corte así lo ha declarado, no siendo por tanto, necesario repetir aquí las razones que estructura la jurisprudencia sobre el particular.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia objeto de la apelación, y en su lugar falla:

Primero.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es civilmente responsable del naufragio de dos pangones acarreados por el remolcador "Dagua", ocurrido en el mar a la altura de las bocas del río San Juan, en la madrugada del 25 de agosto de 1948.

Segundo.—Condénase al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a pagar al Sr. Joel Vásquez R., a la ejecutoria de esta sentencia y como indemnización de los perjuicios que sufrió por la pérdida de la madera de su propiedad que los pangones transportaban, la cantidad de veintiun mil ciento setenta y tres pesos con ochenta y tres centavos ($ 21.173.83) moneda legal.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

APLICACION DEL INCISO 2º DEL ART. 550 DEL CODIGO JUDICIAL A UNA DECISION DE LA CORTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

En el juicio de sucesión de la señora Mercedes Sierra viuda de Pérez se suscitó una colisión de competencias entre el Juez del Circuito de Medellín y el Juez del Circuito de Bogotá, incidente que fue decidido, por esta Sala de Negocios Generales conforme a la atribución que le señaló el artículo 38 del Libro 1º del Código Judicial (Ley 105 de 1931).

La parte resolutiva del fallo correspondiente, el cual se produjo el 8 de febrero próximo pasado, ordenó que el proceso se remitiera al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá y que se le comunicara esa providencia "al Juzgado del Circuito de Medellín". Esta orden implicaba que la comunicación se enviara a todos los Juzgados del mismo ramo, porque tal alcance tiene la expresión usada en el fallo.

Por las transcripciones que hace el oficio número 389 del 16 de los corrientes, y que encabeza este legajo, resulta que en el Juzgado 2º del Circuito de Medellín, existen unos memoriales y otras piezas que "hacen parte integrante de un incidente de recusación al señor Juez 1º de este Circuito, cuyo conocimiento correspondió en turno a este Despacho (Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín), en el juicio de sucesión mencionado. Tal incidente fue resuelto y hoy se encuentra en el archivo del Juzgado".

Esto se lo comunica el propio señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, con fecha 8 de mayo último, al señor Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá quien le reclama el envío de los memoriales y piezas a que se ha hecho referencia.

La Sala estima que hay una irregularidad consistente en que una parte del proceso del mencionado juicio de sucesión esté desarticulado del mismo; porque los incidentes "son las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial (artículo 391)" y, no hay motivo para que el señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín retenga en sus archivos el cuaderno donde se tramitó aquél; siendo así que la disposición del 2º inciso del artículo 442 del Código Judicial, no puede interpretarse con el alcance de que la tramitación del incidente, por el efecto de hacerse como allí se indica, produzca una actuación que deba quedar como rueda suelta e independiente del proceso principal. Y en cuanto al caso concreto de averiguar donde haya de archivarse definitivamente el negocio a que pertenece el cuaderno de que se trata, y que el Juez 2º del Circuito de Medellín se niega a remitir al Juez 3º del Circuito de Bogotá, que es quien debe conocer del juicio, conforme lo resolvió el fallo de esta Sala, se observa que el artículo 967 del Código Judicial ordena protocolizar los juicios de sucesión en una Notaría cualquiera, de preferencia la que indiquen los interesados, y por consiguiente no puede conservarse en el archivo del Juzgado ni todo el proceso ni parte de él.

Lo anterior confirma que no hay motivo legal para que el señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín retenga los memoriales y demás documentos que "hacen parte integrante de un incidente de recusación" dentro del juicio de sucesión de la señora Mercedes Sierra viuda de Pérez.

Pudiera creerse que una vez despachado el fallo que decidió la competencia entre los Juzgados del Circuito de Bogotá y del Circuito de Medellín, la Sala de Negocios Generales ya no tuviera que ver cosa alguna en el negocio, por haber perdido la jurisdicción. Sin embargo, para resolver lo que corresponda a los resultandos que se dejan expresados, basta considerar que, conforme al 2º inciso del artículo 550, "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 o única instancia".

Es verdad que esta disposición contempla de manera directa un procedimiento que normalmente supone gestión de parte interesada la cual se tramita como se dispone en los artículos que siguen al citado; pero no sería jurídico descartar como origen de la decisión que se toma el mismo

informe oficial de las autoridades a quienes corresponde cumplir la providencia de cuya ejecución se trata: siendo así que lo contrario pudiera resultar una especie de rebeldía o desobediencia a lo resuelto por el superior.

Esto significa que la negativa del señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín equivaldría a que lo resuelto por la Corte viniera a quedar sin adecuado cumplimiento. Pues todo lo que forme parte del expediente del juicio de sucesión de la señora Mercedes Sierra viuda de Pérez debe hallarse completo en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, para que luégo se protocolice íntegramente a su tiempo, según lo manda la ley. De ahí que sea indiscutible que corresponde a la Corte tomar las providencias conducentes a la ejecución de su propio fallo, en armonía con todo lo expuesto.

Por ello se resuelve: Ofíciese al señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, insertando textualmente esta resolución, a fin de que los documentos que conserve en su archivo y hacen parte del incidente de recusación del señor Juez 1º de aquel Circuito, que venía conociendo del negocio antes de decidir la colisión de competencias, los remita al Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá.

Asimismo ofíciesele al propio Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá.

Cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívense estas diligencias.

Cúmplase.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Se concede el permiso solicitado por el Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, para visitar a la República del Ecuador.—Solicitud del Presidente y respuesta de la Corte 623

Acta de posesión del señor Brigadier General Gabriel París del cargo de Presidente de la República de Colombia 625

Palabras pronunciadas por el Presidente de la Corte, doctor Roberto Goenaga, en el acto de posesión del Presidente encargado, Brigadier General París 626

Notas cruzadas entre el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el señor Gerente del Banco de la República sobre la adaptación de la casa de moneda para las oficinas de la Corporación 627

Proposición aprobada en Sala Plena con motivo de la muerte del doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi 628

Se deplora el fallecimiento del doctor Jorge Soto del Corral.—Proposición aprobada en sesión de Corte Plena el 6 de julio de 1955 628

La Corte deplora la desaparición del ex-Magistrado doctor Luis Felipe Rosales.—Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 6 de julio de 1955 629

Acuerdo aprobado en Sala Plena con ocasión de la desaparición del señor Ignacio Gómez Rincón 629

Exequibilidad de los artículos 10, 11 y 12 del Decreto extraordinario número 656 de 1953 sobre creación de unos impuestos con el objeto de atender a la construcción del hospital de Barranquilla acusados de inconstitucionalidad.—La Corte declara que son exequibles los artículos 10, 11 y 12 del Decreto extraordinario número 656 de 1953 acusados de inconstitucionalidad por el Dr. Luis Carlos Pérez.—Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A. 630

Naturaleza de la decisión de inexequibilidad. No procede respecto de actos insubsistentes.—La Corte decide que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada por Severo Galindo Díaz contra el Decreto legislativo número 3564 sobre "Prima de Navidad".—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 644

SALA DE CASACION CIVIL

Abuso del derecho de revocación del mandato judicial.—Indemnización de perjuicios materiales y morales en la responsabilidad por abuso del derecho.—Indemnización de los perjuicios morales objetivos y subjetivos.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 11 de junio de 1954, en el juicio ordinario seguido por el doctor Medardo Castro contra el doctor Jorge Sabogal H.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 648

Objeciones a una partición.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio seguido por María del Rosario Escándón v. de Sánchez contra Vicente Saldarriaga y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 663

Acción de simulación.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de José Alberto Mesa Morales contra Félix Antonio Mesa Morales.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 673

Acción rescisoria de un contrato de venta por inexistencia de la cosa vendida en el

Págs.

momento de perfeccionarse el contrato.—Error de hecho en casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 24 de agosto de 1953, en el juicio ordinario instaurado por Rafael Rivero Morales contra Enrique Torres.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 678

La responsabilidad contractual.—La culpa del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones en el contrato—Los perjuicios previstos e imprevistos.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario instaurado por Erwin Brasch contra Alicia Castro de Abello se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de junio de 1953.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 692

Declaración de nulidad de una transacción. La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 31 de agosto de 1954 en el juicio ordinario propuesto por Julia Gómez Serna contra Alfonso Quintero y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 692

Recurso de hecho.—La Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por Rosa María Pérez en el juicio de sucesión de Roberto Delgado A., seguido en el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 700

Las hijuelas de adjudicación de un juicio sucesorio como prueba incompleta de dominio del actor en juicio reivindicatorio.—Diferencias entre la acción ordinaria de dominio y la especial o publiciana del artículo 951 del Código Civil.—Errores de hecho y de derecho en casación—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario instaurado por Tomás Cruz D. contra Gerardo Reyes.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 703

Acción por perjuicios.—Responsabilidad de un municipio por hechos de sus agentes.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Carlos A. Ruiz contra el municipio de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 709

Influencia del fallo penal en el juicio civil. La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario promovido por Florentino Díaz Manrique y Rosa María de Díaz contra el municipio de Gigante.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 714

Declaración judicial de la paternidad natural por demostración de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.—Errores de hecho y de derecho en casación.—No se casa la sentencia de fecha 17 de enero de 1954, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por Antonio Castrillón o Alvarado contra los herederos de Gerardo Castrillón.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 717

Se puede interponer el recurso de casación en el acto de notificación de la sentencia del Tribunal, sin que sea necesario interponerlo en memorial separado.—La Corte admite el recurso de hecho propuesto por el actor en el juicio ordinario de Demetrio Namen contra Faillace Hermanos, Sucesores en liquidación, y dispone que el Tribunal Superior de Barranquilla debe conceder el recurso de casación interpuesto por la parte actora.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 722

Salvamento de voto de los Magistrados doctores: José Hernández Arbeláez, Manuel Barrera Parra, Ignacio Gómez Posse y Julio Pardo Dávila a la providencia de que dá cuenta el aparte precedente de este Indice 726

Prueba de la simulación.—Caso en que los herederos demandan la simulación de un contrato de compraventa de un inmueble, celebrado por su causante por medio de apoderado.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió el 22 de octubre de 1954, en el juicio ordinario instaurado por Gabino Mora Angarita

Págs.

y otra contra Gonzalo Mora y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 729

Testamento nuncupativo ante cinco testigos. La Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 14 de septiembre de 1954 en el juicio ordinario promovido por Publio Horacio Peñarete o Castellanos, sobre nulidad de un testamento abierto. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 742

Indivisibilidad de la confesión. — Confesión compuesta divisible.—Facultad del juez de instancia en la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio promovido por Abraham Torres contra Luisa María Torres v. de Flórez y otros, sobre resolución de un contrato de compraventa. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 753

Nulidad de una promesa de permuta.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el 7 de septiembre de 1954, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Trujillo Gómez y otro contra Francisco Tamayo y otras—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 758

Contrato de bienes ocultos.—Perjuicio eventual.—No se casa la sentencia de fecha 2 de septiembre de 1954, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por Teresa Avendaño de Robledo, como heredera de Octavio Robledo Avendaño, contra el Municipio de Manizales.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 761

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José J. Gómez a la sentencia de que dá cuenta el aparte precedente. 769

SALA DE CASACION PENAL

Facultad de los Gobernadores de nombrar Fiscales interinos cuando por causa de impedimento o recusación sobreviene la falta de los titulares.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el Fiscal ad-hoc, doctor Mario Castro Márquez, para conocer del negocio que se adelanta contra Antonio Guerrero Franco por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 774

Colisión de competencias.—Se resuelve sobre una colisión de competencia suscitada entre el Comando de la Tercera Brigada, con sede en Cali, y el Juzgado Segundo Superior de Buga.—Magistrado sustanciador: Dr. Luis Zafra 777

Extinción de la acción penal por muerte del procesado e inexistencia del hecho imputado.—La Corte confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra el doctor Francisco Restrepo Echandía.—Magistrado ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 778

Cesación del procedimiento por muerte del procesado.—La Corte confirma parcialmente la providencia del Tribunal Superior de Ibagué de fecha 8 de julio de 1954 en la causa seguida contra Gil Antonio Caicedo por peculado y concusión.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 780

Veredicto. — Homicidio preterintencional. — La Corte invalida el fallo de 24 de junio de 1954 dictado por el Tribunal Superior de Buga, y por medio del cual se absolvió a Julio David Giraldo Valencia por homicidio cometido en la persona de Alcides Buitrago. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 781

El peculado, delito contra la administración pública.—Uso indebido de los caudales públicos.—La Corte no casa la sentencia de 18 de febrero de 1954 del Tribunal Superior de Ibagué, en la cual se condenó a Ignacio Echeverry Restrepo por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 786

Elementos del delito de hurto.—Hurto de ganado mayor.—Se infirma la sentencia recu-

Págs.

rrida del Tribunal Superior de San Gil y, en su lugar, se absuelve a Oliverio Navas Muñoz del delito de hurto, materia del proceso.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 792

Impedimento.—Se declara fundada la causal de recusación contra el doctor Alfonso Cardoza Ortiz en el negocio que por un delito de peculado se adelanta contra el doctor Carlos Alberto Olano.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 799

Prevaricato.—Abuso de autoridad.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual sobresee definitivamente en favor del doctor Eduardo Morales Gómez de los cargos de prevaricato y abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 802

Denuncia contra Magistrados de un Tribunal Superior por supuestas irregularidades cometidas en la tramitación de un proceso. Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Augusto Miranda, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez B., Mario Alario Di Filippo, Ramón Mercado, Francisco de P. Manotas, Pedro Pacheco Osorio y Alberto H. Torres, cuya actuación como Magistrados y Conjueces del Tribunal Superior de Cartagena, en el sumario por injuria contra Felipe Gedeón, dio origen al proceso seguido contra ellos.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 806

Consulta.—Se ordena recibir una investigación.—Se reforma la providencia consultada del Tribunal Superior de Quibdó por la cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Hugo Ferrer Denis, ex-Fiscal del Juzgado Superior del mismo Distrito. Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 810

Impedimento.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Luciano Wallis López en el conocimiento del proceso seguido contra el doctor Ernesto Garcés O'Byrne.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 812

Págs.

Colisión de competencias.—Agentes de Policía.—Se dirime colisión de competencias surgida entre el Juzgado Segundo Superior de Buga y el Comando de la Tercera Brigada de Cali en las diligencias adelantadas contra los ex-agentes de la Policía Nacional Luis Hernando Parra, Humberto Alirio Matéus, Arnesio Viveros y Jesús Campo Guerrero, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 813

Anormales.—Nulidades.—Se invalida la sentencia de fecha 5 de septiembre de 1953, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio seguido contra Antonio Suárez Montejo, como responsable de la muerte de Griselda Muñoz.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 815

Incorrecciones en el uso del lenguaje en las respuestas del jurado—Técnica de casación. La Corte no casa la sentencia de 23 de octubre de 1954, del Tribunal Superior de Pasto, en la cual se confirmó la de primera instancia que condenó a Pedro Enrique Vásquez, como responsable de la muerte de Arturo Vargas.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 821

Prevaricato.—Comete el delito de prevaricato el funcionario o empleado público que detiene, sin razón ni derecho, a una persona movido por odio o venganza hacia ella.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla proferida en el sumario iniciado contra el doctor Henrique Martínez Martínez, en su carácter de Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla por supuesto delito de prevaricato.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 825

Los jueces de instrucción criminal no pueden promover ni aceptar colisión de competencias.—En el sumario contra Manuel J. Gómez Arévalo por falsedad de documentos la Corte dispone devolver el sumario para que el incidente de colisión de competencias se tramite en forma correcta.—Magistrado sustanciador: Dr. Luis Zafra..... 830

Págs.

Prescripción de la acción penal.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta mediante la cual declara prescrita la acción penal y ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Pedro Castro Trespalacios.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 831

Colisión de competencias surgida entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria, en el conocimiento de un proceso seguido contra miembros de la Policía Nacional.—La Corte resuelve que es al Juez Primero Superior de Pasto y no a la justicia militar, a quien corresponde conocer del negocio por homicidio contra Máximo Feria Blanco y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 836

Redacción de las sentencias.—Interpretación del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.—Nulidades en los procesos penales.—La Corte no invalida el fallo absolutorio de 16 de diciembre de 1954, del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferido en el juicio seguido contra Guillermo Páez Durán por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 838

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Faltas en el ejercicio profesional de la abogacía.—Atribuciones incorrectas de los abogados no susceptibles del procedimiento sumario.—La Corte decide que no hay lugar a imponer sanción alguna al abogado Marino López Lucas, respecto de los cargos que se le formularon por faltas en el ejercicio profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 842

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—La Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 15 de septiembre de 1954, en el juicio seguido por la Compañía Industrial del César, S. A. contra la Nación. Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Cuervo A. 845

Págs.

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.—En el juicio ordinario de única instancia surgido en virtud de la oposición formulada por el señor Jorge Lozano Arciniegas a la propuesta número 519, de la Sociedad Chibcha Petroleum Company para contratar la exploración y explotación de petróleo nacional en un predio situado en la región de la quebrada de Pabá, en jurisdicción de los municipios de Ortega, San Luis y Guamo, Departamento del Tolima; la Corte absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 853

Ejercicio de la Abogacía.—Se sanciona a un abogado por faltas cometidas en su ejercicio profesional.—Se revoca la providencia de fecha 5 de mayo de 1955, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente en favor del doctor Alvaro Mojica Rivadeneira. En su lugar, la Corte, impone una sanción al abogado acusado.—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 856

Cancelación de una matrícula de abogado por faltas graves contra la moral profesional. La Corte reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán, por la cual condenó al doctor Camilo Ramírez Ospina a la pena de suspensión de seis meses en el ejercicio profesional de la abogacía, y en su lugar cancela la matrícula de abogado al mencionado profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 863

No se accede a aclarar la sentencia anterior 870

Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de acciones indemnizatorias de perjuicios por accidentes de trabajo cuando entre patronos y trabajadores media un vínculo contractual.—La Corte declara nulo todo lo actuado, a partir del auto que admitió la demanda, en el juicio instaurado por la señora Reinera Igirio v. de Cantillo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 871

Incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería de los demandantes en un juicio ordinario sobre propiedad de unos terrenos petrolíferos.— En el juicio ordinario seguido por Alfredo Martín y otros contra la Nación por la propiedad de "Guacaramo" se resuelve que no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado en este juicio por las causales propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 874

Recurso de súplica contra el auto anterior. Caso en que no se puede decidir por medio de un incidente de nulidad, cuestiones que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primer grado.—La Sala revoca el auto de que da cuenta el aparte precedente de este índice.— Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 878

Responsabilidad civil del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales por el naufragio de una nave.— Contrato de fletamento.— La cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte marítimo.—La Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Joel Velásquez R. contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la cual absolvió a la entidad demandada de los cargos de la demanda; y en su lugar, declara al Consejo Administrativo responsable de los perjuicios ocasionados al demandante y lo condena a pagar una suma de dinero como indemnización. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 881

Aplicación del inciso segundo del artículo 550 del Código Judicial.— La Sala encuentra que no hay motivo para que el señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín retenga en sus archivos unos memoriales y otras piezas que hacen parte integrante de un incidente de recusación en el juicio de sucesión de la señora Mercedes Sierra viuda de Pérez. — Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo A. 891

NOTA — Con el presente número termina el Tomo LXXX de la GACETA JUDICIAL. El número 2156 estará destinado para el Indice del Tomo.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXX | 1956 | NUMERO 2156

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXXX (NUMEROS 2153 A 2155) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS (Faltas contra la moral profesional)

Reafirma la Corte su doctrina de que "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 ese 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". (Negocios Generales. Abril 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 234, 1º

— 2 —

ABOGADOS (Faltas graves en el ejercicio profesional)

Como la ley ha consagrado el principio de que las faltas leves sólo tocan con el quebrantamiento del decoro y la delicadeza profesionales, habrá de entenderse que con faltas graves sólo se atenta contra la moral en sentido estricto, sobre todo por existir la definición del artículo 16 de la Ley 69 de 1945, el cual se refiere al 10º de la Ley 21 de 1931, cuyo último ordinal expresa que es causa para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión "el haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional a juicio del tribunal respectivo". Esto equivale a reconocer el **arbitrium judicis** para la calificación de tales faltas. (Negocios Generales. Abril 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 234, 2º

— 3 —

ABOGADOS (Faltas contra la delicadeza y el decoro profesionales)

No son meras faltas contra la delicadeza y

el decoro profesionales aquellas que impliquen un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado sin hacerse responsable de infidelidad para con su cliente en el desempeño del cargo. (Negocios Generales. Abril 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 235, 1ª

— 4 —

ABOGADOS (Ejercicio profesional)

Para que el abogado ejercite cumplidamente la facultad para transigir que se le otorga en una cláusula de estilo, y así se dice porque ella suele estipularse en todos los poderes para pleitos, a causa de la confianza que exige el abogado y que en él depositan los clientes, debe hacer antes las diligencias conducentes y necesarias a fin de cerciorarse de que los términos en que vaya a concretarse el pacto, sean plenamente conocidos por el poderdante; de lo contrario se expondrá a que su conducta se juzgue inspirada más en la protección de sus honorarios, que en la defensa de los derechos e intereses del cliente que se puso en sus manos. Si tal conducta pudiera pasar como correcta, se arruinaría la confianza que en todo tiempo deben inspirar los abogados. (Negocios Generales. Abril 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).... 234, 1ª y 2ª

— 5 —

ABOGADOS

Las disposiciones tanto constitucionales como legales que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, representan uno de los varios casos en que el Estado interviene en el ejercicio de las actividades privadas por motivos de utilidad y seguridad públicas, las cuales quedan satisfechas, en lo tocante a la profesión de abogado, con el solo hecho de que uno que se halla inscrito ante el Tribunal intervenga por sí solo o conjuntamente con el interesado en las manifestaciones o exposiciones que se hagan ante el mismo Tribunal. (Negocios Generales. Mayo 17 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....574, 2ª

— 6 —

ABOGADOS

Nada se opone a que el escrito de un interesado, en el juicio que le concierne, lo pueda presentar, no siendo abogado inscrito, con la cooperación expresa de quien sí lo es, y de que asume la responsabilidad del autor del propio escrito. (Negocios Generales. Mayo 17 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..574, 2ª

— 7 —

ABOGADOS (Sanciones a los profesionales por actos distintos a los previstos en la Ley 69 de 1945)

Los altercados que personas particulares lleguen a promover en un despacho judicial, las expresiones injuriosas para el funcionario o los particulares que allí se encuentren, el lenguaje procaz, la desobediencia y demás actos similares, están previstos en estatutos legales distintos de los contemplados en la Ley 69 de 1945, sobre ejercicio de la abogacía, y tienen sus sanciones propias de multas y arresto que impone el funcionario mediante simple resolución. Entre las atribuciones de las diversas autoridades judiciales se halla la de sancionar esos hechos. Igualmente con relación a los escritos irrespetuosos dirigidos a las autoridades se establece como sanción propia la de su rechazo. (Sala de Negocios Generales. Julio 9 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 843, 2ª

— 8 —

ABOGADOS (Faltas graves contra la moral profesional)

La posibilidad de que el abogado N. N. haya incurrido en la comisión de delitos, de conformidad con el artículo 196 del Código Penal, que deben ser materia de una pronta y rápida investigación de carácter penal, no es óbice para la aplicación inmediata de los preceptos de la Ley 69 de 1945, porque en el caso aparecen flagrantes las faltas graves cometidas por el recurrente contra la moral profesional, que deben recibir la sanción aún antes de las penales —y sin perjuicio de éstas— que puedan surgir en la investigación de los posibles delitos. (Sala de Negocios Generales. Junio 8 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2155) 868, 1ª

— 9 —

ABUSO DE AUTORIDAD

En cuanto al abuso de autoridad, es necesaria la concurrencia de un elemento —dolo genérico— del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedeció al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque —ha dicho la Sala Penal de la Corte— que los errores que sufran los jueces o Magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos o sea, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta. (Casación Penal. Julio 14 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2155) 804, 2ª

— 10 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Demoras)

Reitera la Corte su doctrina conforme a la cual. "Para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable al autor, y por consiguiente, sancionable". (Casación Penal. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2158) 149, 2ª

— 11 —

ABUSO DE CONFIANZA (Animo de apropiación)

La obtención del provecho ilícito, que es el acto consumativo de la estafa, no cuenta esencialmente en el abuso de confianza, que se agota o perfecciona al producirse la apropiación o el uso indebido con perjuicio de terceros, apropiación o uso que, a su turno, se manifiestan en aquellos hechos inherentes al derecho de dominio que el infractor ejecuta sobre la cosa mueble ajena que se le dio a título precario, ya para disponer de ella, bien para usarla en sentido distinto de aquel para el que fue entregada, de donde proviene el nombre de este ilícito contra la propiedad, que etimológicamente significa usar alguien mal de la confianza en él depositada.

Entre esos hechos, la retención de la cosa recibida á título diferente de los que trans-

miten el dominio, es suficiente para demostrar el ánimo de apropiación; y así cuando la persona obligada a devolver la cosa deja expirar el plazo señalado para ello es en ese momento y en el lugar donde esto ocurre cuando y donde se consuma el ilícito. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Número 2153).....115, 1ª y 2ª

— 12 —

ABUSO DEL DERECHO

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial aceptada por la Corte hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar, o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta. En materia contractual tiene cabida el abuso del derecho. Puede presentarse en la formación del contrato, en su ejecución y aún en el período post-contractual. (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155)...655, 2ª 656, 1ª

— 13 —

ABUSO DEL DERECHO

El insuceso de una demanda judicial no significa ni puede significar, por sí solo, abuso del derecho por parte del demandante. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2154)..... 491, 2ª

— 14 —

ABUSO DEL DERECHO EN LA REVOCACION DE UN MANDATO

(Véase la doctrina contenida bajo el título "Mandato. — Abuso del Derecho", en el número 228 de este Indice).

— 15 —

ACCIONES.—HECHOS (Su calificación por el juez)

La calificación de las acciones y los textos señalados como configuración jurídica de aquéllas, no determinan una pauta inflexible en la tarea de juzgar. Lo que importa son los hechos. La calificación de ellos puede tener importancia, pero necesariamente no la tiene. Los hechos generan las situaciones jurídicas y éstas las acciones de que se vale el hombre para lograr del Estado la tutela de sus derechos; pero las situaciones jurídicas se producen cualesquiera que sean los preceptos de la ley que se citan en la demanda y los nombres con que se denominen las acciones que se ejerzan y aun los hechos generadores. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153)..... 108, 1ª

— 16 —

ACLARACION DE LAS SENTENCIAS (Artículo 482 del C. J.)

El artículo 482 del Código Judicial que permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda en las sentencias, ha sido reiteradamente interpretado por la Corte en el sentido de que la aclaración no puede llegar hasta alterar o modificar el sentido de la sentencia misma.

(Sala Plena. Agosto 5 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....265, 1ª

— 17 —

ACTO JURISDICCIONAL (Tanto los fallos de la justicia ordinaria como los de lo contencioso administrativo tienen el carácter de acto jurisdiccional)

Los caracteres del acto jurisdiccional se encuentran, en general, en las sentencias de la llamada justicia ordinaria, que está formada por la Corte Suprema, en la más alta jerarquía, hasta los Juzgados Municipales (arts. 58, 155, 157 y 158 de la Constitución), y también, aunque con algunas variantes, en las que pronuncian los funcionarios de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos: artículos 136 y 154 ibidem). Variantes que consisten en que, en el contencioso de plena jurisdicción, los poderes de investigación y decisión no se hallan tan estrechamente limitados como los del juez ordinario, sino que llegan hasta poder "sustituir su decisión a la que ha sido atacada" (Aucoc), o como dice Leferriere, el juez puede "reformar las decisiones tomadas por la administración, no solamente cuando ellas son ilegales, sino cuando son erróneas". De otro lado, el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para "hacer caer un acto irregular sin que se pueda, después de haber anulado este acto, sustituírlo por una decisión diferente. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ha actuado la administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo, deja subsistente el acto; si se ha salido de aquellos límites, lo anula." (Aucoc, Laferriere, Ducrocq, Romieu).

De suerte que, con las variantes indicadas, que no carecen por lo demás, de importancia para los fines de este fallo, las decisiones de la justicia ordinaria, así como las que pronuncian las autoridades de lo contencioso administrativo, tienen el carácter de acto jurisdiccional, sea que se las considere desde el punto de vista formal, ya que hacen tránsito a cosa juzgada en cuanto son irrevocables, o desde el punto de vista material, teniendo en cuenta su estructura interna. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 254, 2ª

— 18 —

ACTO JURISDICCIONAL (Caracteres)

El artículo 55 de la Constitución dice que las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, y que el Congreso, o sea la rama legislativa, el Gobierno, o sea la ejecutiva y los jueces que constituyen la jurisdiccional, "tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". Cada una de estas ramas es objeto de reglamentación en Capítulos distintos de la Carta Fundamental.

En general, ni el Ejecutivo ni el Legislativo ejercen funciones jurisdiccionales, así se considere esta función desde el punto de vista formal o desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal, el acto jurisdiccional se estudia por los caracteres de que lo reviste el derecho positivo; y desde el punto de vista material se tiene en cuenta su consistencia propia y los elementos que lógicamente lo componen.

Formalmente, es acto jurisdiccional aquel al cual se da una fuerza jurídica de una calidad particular, en consideración a que emana de un órgano que tiene por ley positiva el poder de imprimir a sus decisiones una fuerza de esta naturaleza. Formalmente, es suficiente que el acto esté dotado de esta calidad particular de fuerza jurídica que se llama la cosa juzgada. La cual no debe con-

fundirse ni entenderse como la "fuerza obligatoria de la sentencia", pues este carácter obligatorio es común a todos los actos jurídicos. Ella consiste en la irrevocabilidad del acto jurisdiccional o sea, en la imposibilidad de revisar la decisión, agotados los recursos que la ley concede. La autoridad de la cosa juzgada pertenece indistintamente a todas las sentencias, aunque varíe la extensión de sus efectos, pues a veces éstos quedan limitados a las partes en litigio y en otros se producen con respecto a todos.

Materialmente considerado, el acto jurisdiccional no puede ser definido sino por los caracteres que posee en sí mismo, es decir, por su consistencia o contextura interna. Estos caracteres no le son atribuídos por una manifestación de voluntad de la autoridad legislativa; le son deducidos por el análisis jurídico, y todo acto que entre en la noción lógica de sentencia los ofrece necesariamente, aunque no sea considerado por la ley positiva como un acto jurisdiccional.

Bajo esta perspectiva, el acto jurisdiccional tiene caracteres que le son propios y que no se encuentran en otra clase de actos. El forma un complejo de dos elementos, unidos entre sí pero distintos sin embargo. Estos dos elementos son: de una parte, la comprobación sobre la existencia o inexistencia de un ataque al derecho, y de otra parte, una decisión que tiene por objeto sacar las consecuencias de aquella comprobación. Existe un nexo lógico entre los dos elementos, porque el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido. Dándose una afirmativa respuesta al punto de la violación del derecho, una cierta decisión se impone, sin que su autor pueda querer otra distinta. Pero el contenido de esta decisión está predeterminado por la regla legal. Las decisiones deben consistir en la aplicación exacta y en cierto modo automática de derecho al caso subjudice, aplicación que se hace en virtud de un razonamiento puramente lógico. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..253, 2ª y 254, 1ª

— 18 —

ACTOS DE COMERCIO (Actos que en sí mismos no son de comercio pero que adquieren esta calidad porque quien los realiza es un comerciante)

Las operaciones que el propietario de predios rústicos realice para el aprovechamiento de maderas, cultivos, potreros, cría y ceba de ganados, etc., son actos civiles. Y las compras y ventas relacionadas con su explotación, aunque no son actos de comercio, según los numerales 2º y 4º del artículo 22 del Código de Comercio, se convierten en actos de comercio cuando son cumplidas por personas que tienen la calidad de comerciantes, que dedican sus actividades al ejercicio del comercio y que cumplen todos los requisitos para considerarlos como tales. Se aplica aquí un criterio subjetivo o personal, partiendo del comerciante hacia el acto de comercio, es decir, considerando la persona y no el acto realizado, para llegar a la conclusión de que los actos efectuados por los comerciantes, son de comercio y están, por lo tanto, sometidos a los preceptos de la legislación comercial (artículo 21, Código de Comercio, inciso segundo). (Casación Civil. Mayo 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....317, 1ª y 2ª

— 20 —

ACUMULACION DE ACCIONES (No se pueden acumular en una misma demanda acciones cuyos fundamentos sean contradictorios)

No es posible acumular en una demanda, ni aún en forma subsidiaria, acciones cuyos fundamentos sean contradictorios. Así no son nunca acumulables las acciones respecto

de las cuales la elección de cualquiera de ellas destruye la otra, como, por ejemplo, la doble acción alternativa del artículo 1546 del C. C., según el cual elegida la de resolución, desaparece la de cumplimiento, o viceversa; o también la pena y la indemnización que, según el artículo 1600 del citado Código, no se pueden pedir a un tiempo si no se ha estipulado, de modo que en aquel caso, elegida la pena, queda eliminado el resarcimiento, y viceversa.

Tampoco pueden acumularse nunca las acciones que por cualquier otro motivo se consideren incompatibles, es decir, las acciones de las cuales no puede subsistir ninguna, porque todas ellas se aniquilan recíprocamente, desde el punto de vista de las ideas, nociones o conceptos lógicos o jurídicos; como, por ejemplo, la acción posesoria de recuperación y la posesoria de perturbación, pues si se acepta la primera —que se basa en el hecho de haber perdido la posesión— la otra queda sin apoyo, por fundarse en el hecho contrario de conservarla, y viceversa. Puede citarse igualmente el caso de la acción que persigue el reconocimiento del actor como dueño y la que demande que se le reconozca como arrendatario del demandado. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 110, 2ª

— 21 —

ACUMULACION DE ACCIONES (Se pueden acumular subsidiariamente, las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación)

Se pueden acumular, subsidiariamente, las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación, porque ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad de dueño por parte del actor, y no hay incompatibilidad en que un propietario que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud que éste ha asumido en el desarrollo, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 111, 1ª

— 22 —

ACUMULACION DE ACCIONES (Imposibilidad de acumular como principales en una misma demanda la acción de nulidad por falta o vicio del consentimiento y la de simulación)

No es posible acumular en una misma demanda, como principales, la acción de nulidad por falta o vicio del consentimiento y la de simulación, puesto que son acciones que se excluyen, ya que la última supone la existencia de un consentimiento perfecto. (Casación Civil. Abril 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 33, 1ª

— 23 —

ADJUDICACION DE TIERRAS POR EL ESTADO (Es esencial la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado)

En múltiples ocasiones ha reiterado la Corte su doctrina sobre determinación de las tierras enajenadas por el Estado, de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos, no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto de una área determinada con la cual di-

chos títulos se relacionen. Es esencial, a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recea el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca sus efectos, que la extensión territorial se determine y concrete". (Negocios Generales. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153)....
172, 1ª

— 24 —

ANORMALIDADES EN LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE (Su prueba.—Importancia en el proceso de practicarla)

Determinar si la persona sindicada por la comisión de un delito es normal o anormal, constituye para el derecho y para la justicia penal el punto básico sobre el cual giran el proceso y sus consecuencias. Cuando se trata de persona normal, determinada y reconocida la responsabilidad, se imponen penas privativas de la libertad; pero, cuando son anormales determinada la responsabilidad legal social, se imponen medidas de seguridad en vez de penas.

La personalidad del procesado y las condiciones que la caracterizan, deben investigarse en el sumario según lo dispone el art. 294, numeral 5º; 374 y 375 del Código de Procedimiento Penal. Cuando el sindicado presenta indicios de enajenación mental, intoxicación crónica o grave anomalía psíquica, es deber del funcionario someter al acusado a la observación inmediata de facultativos para que dictaminen sobre la clase de anormalidad, concepto que debe tenerse en cuenta al calificar el mérito del sumario.

El dictamen médico legal, examen psíquico somático, a que hace referencia el auto de proceder y la providencia que lo confirma, debía cumplirse en la tramitación de la causa. La iniciativa de la prueba podía surgir del sindicado o de su representante legal; pero la ausencia de petición no eximía al funcionario de la obligación de practicarla (artículo 446 del C. de P. P.).

Condenar a una persona sin proporcionarle todos los medios de defensa establecidos en la ley, no sólo es violatorio de las normas procedimentales, sino de principios constitucionales que consagran normas eficaces en defensa de los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución garantiza que nadie puede ser condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, y entre esa plenitud de garantías nada más importante que la referente a pruebas que van a demostrar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, o aquellas que por imperativo legal —orden del Juez— deben practicarse para saber a ciencia cierta si la persona —sujeto de proceso— es normal o no. La omisión de estas formalidades engendra un vicio sustancial en el proceso.

La nulidad en este caso no depende de la violación de los artículos 198 y 199 del C. de P. P. que señalan las más frecuentes en los procesos penales, sino del quebrantamiento de una norma de superior jerarquía como es el artículo 26 de la Constitución Nacional; declaración que no está condicionada a la voluntad de las partes, pues su reconocimiento lo hace el Juez de manera oficiosa, cuando advierte su presencia en cualquier estado del proceso. (Casación Penal. Julio 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) .819, 1ª y 2ª

— 25 —

APLICACION DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD Y DE LA BUENA FE (Cuando falta la norma positiva expresa)

El fallador para desatar una oposición de

intereses, a falta de una norma positiva expresa, debe acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley misma se han encargado de hacer prevalecer con fuerza coercitiva para restablecer el equilibrio jurídico, sin que la magistratura pueda negarse a fallar, porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que "los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia". (Casación Civil. Mayo 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....322, 1ª y 2ª

— 26 —

ARRAS (Confirmatorias, confirmatorias penales y de desistimiento o penitenciales)

En sentido lato, prenda o arras es la entrega de una cosa (generalmente dinero) por uno de los contratantes al otro, en señal de un contrato que se celebra, y con el fin: o simplemente de confirmar el contrato mismo, o de confirmarlo y garantizar su ejecución, convirtiéndose en estipulación de perjuicios por el incumplimiento, o en fin, de procurar a una u otra parte, o ambas, la facultad de retractarse. De acuerdo con esto, existen tres especies de arras: 1º Simplemente confirmatorias, entregadas como prueba simbólica o señal de la formalización del contrato (**Arrha in signum consensus interpositi data**). Antiguamente se trataba de objetos de poco valor o de algunas monedas. Si el contrato se realiza, las arras deben restituirse a quien las dio o imputarse a buena cuenta del precio; si no se realiza, la parte inculpable tiene derecho a la indemnización de perjuicios mediante liquidación judicial; 2º Arras confirmatorias penales dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación anticipada de los perjuicios (**Arrha confirmatoria**), en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia en cuanto ésta no es como aquéllas prestación real y antelada; 3º Arras de desistimiento o penitenciales (**Arrha poenitentiales**), que toman la misma naturaleza de la multa penitencial ordinaria, diferenciándose sólo en que las primeras constituyen una prestación real y anticipada, mientras que la segunda entraña apenas la obligación de pagar en el futuro. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....413, 2º

— 27 —

ARRAS PENITENCIALES Y ARRAS PENALES

En las arras penitenciales la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato mediante pena (**Arrha quae ad jus penitendi pertinet**): quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas; quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante, cuando la prenda consista en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de la misma cosa en dinero. En las arras penales, éstas son a la vez señal de quedar convenidos los contratantes y garantía para el resarcimiento de los perjuicios en caso de incumplimiento. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual. La parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, o apropiarse las arras, caso de haberlas recibido, o exigirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado. La parte que dejó de cumplir el contrato no puede, como en las arras penitenciales, imponer a la otra uno u

otro extremo. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) . .413, 2ª y 414, 1ª

— 28 —

ARRAS (Su validez está subordinada a la validez de la obligación principal)

Como la cláusula penal, las arras suponen siempre la existencia de una obligación principal, de la que constituyen su accesorio. Su validez y existencia están subordinadas a la validez y existencia de la obligación principal (C. C., artículo 1593). La nulidad de ésta acarrea indefectiblemente la nulidad de las arras, y en tal evento lo que se ha entregado por tal concepto puede ser repetido como dado sin causa. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....414, 1ª

— 29 —

ARRAS

Nuestro Código Civil ha hablado de las arras únicamente en los contratos de compraventa y arrendamiento (artículos 1859, 1860, 1861, 1932 y 1979). Ellas tienen cabida tanto en las ventas consensuales como en las ventas solemnes. Por otra parte, la doctrina acepta que las reglas allí señaladas se aplican extensivamente a toda clase de contratos sinalagmáticos. Particularmente ellas tienen aplicación en las promesas de compraventa.

El artículo 1859 se refiere a las arras penitenciales. Salvo estipulación en contrario, cuando en una venta o en una promesa de venta, las partes entregan arras, éstas se entienden penitenciales (C. C., art. 1861). (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....414, 1ª y 2ª

— 30 —

ARRAS (Efectos)

Según los artículos 1859 y 1860 del Código Civil, el principal efecto de la estipulación de arras es permitir a cada una de las partes el desistimiento del contrato, dentro del plazo estipulado o —a falta de éste— dentro de los dos meses subsiguientes a la convención. Si antes de vencerse el plazo convencional o legal, las partes otorgan la correspondiente escritura pública dando cumplimiento a la promesa de venta solemne, o si se principia la entrega de las cosas vendidas iniciando la ejecución del contrato, se extingue el derecho de retractación, salvo estipulación expresa en contrario. Lo cual es obvio, porque al cumplirse el contrato en todo, o en parte, hay una renuncia tácita de la facultad de desistir. En estos casos, el dinero entregado a título de arras debe imputarse a buena cuenta del precio si fue dado por el comprador, o debe devolverse al vendedor en el caso contrario. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .414, 2ª

— 31 —

ARRAS PENITENCIALES (Contrato condicional)

La estipulación de arras penitenciales en la venta o en la promesa de venta es un pacto accesorio al contrato principal. Por medio de tal estipulación las partes celebran un contrato condicional. En la promesa de venta ella constituye una condición resolutoria. La promesa se resuelve si una de las partes desiste dentro del plazo convencional o legal. En tal caso la otra parte no puede exigir del que se retracta, el cumplimiento de la promesa: sólo puede retener las arras o pedirlas dobladas, según el caso. Expirado el plazo dentro del cual podía ejercitarse la fa-

cultad de desistir, la condición resolutoria se considera fallida (C. C., artículo 1539) y el contrato debe ejecutarse. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 414, 2ª

— 32 —

ARRAS CONFIRMATORIAS ("Como parte del precio" o "como señal de quedar convenidos los contratantes")

Si se dieren arras **"como parte del precio"** o **"como señal de quedar convenidos los contratantes"** y estas expresiones u otras equivalentes se hicieren constar por escrito en una compraventa consensual, o por escritura pública en una compraventa solemne, el contrato queda perfecto y las partes no pueden retractarse. En estos casos las arras son simplemente confirmatorias, pues se entregan en señal de la celebración o ejecución del contrato (**argumentum emptionis et venditionis contractus**). Respecto de las arras confirmatorias penales, se observa que aunque ellas no están reglamentadas expresamente en las disposiciones sobre compraventa, pueden existir como modalidad de este contrato o de una promesa, con sujeción a las normas pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal de que trata el Título XI del Libro 4º del Código Civil. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....414, 2ª y 415, 1ª

— 33 —

ARRAS PENITENCIALES Y PENALES (Cuándo deben ser restituídas)

Tanto las arras confirmatorias penales como las arras penitenciales deben ser restituídas cuando el contrato se resuelva por mutua voluntad de las partes, o cuando resulta imposible su cumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito. Salvo estipulación en contrario, las arras deben entenderse como dadas a cuenta del precio. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .414, 1ª

— 34 —

ARRENDAMIENTO (Expiración del contrato)

El contrato de arrendamiento de cosas expira por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas contenidas en el capítulo 4º del título 26 del libro 4º del Código Civil. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....490, 1ª

— 35 —

ARRENDAMIENTO (Cesión del contrato. Mora del arrendatario)

Si cuando se notifica la cesión de un contrato de arrendamiento, la arrendataria se encuentra en mora, el cesionario puede ejercer contra ella las acciones judiciales que estime conducentes, con base en el incumplimiento del contrato. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .491, 1ª

— 36 —

ARRENDAMIENTO (Terminación del arrendamiento y restitución del inmueble arrendado)

Si en un juicio ordinario se pide que se declare que ha terminado un contrato de arrendamiento y que como consecuencia de esto se ordene la restitución del inmueble arrendado, este hecho no configura una acción de lanzamiento, y por eso apenas podrá haber lugar a denegar dicha restitución. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 107, 2ª y 108, 1ª

— 37 —

AUTO DE PROCEDER (Parte resolutiva)

La Corte ha dicho que el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; pues que tales circunstancias sólo deben consignarse en la parte motiva. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 528, 2ª

— 38 —

AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

No es indispensable explicar en la parte resolutiva de los sobreseimientos definitivos, el por qué de la decisión que conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se profiera. (Casación Penal. Julio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 805, 1ª

— 39 —

AUTO INTERLOCUTORIO (Es interlocutorio el que suscita el incidente de colisión de competencias)

El auto que suscita un incidente en el proceso, como ocurre con la competencia, es interlocutorio; y, por lo mismo, debe ser motivado. En el presente caso, el señor juez (de la justicia ordinaria), que suscitó la colisión, ningún análisis jurídico hizo para hacerle ver a la Justicia Militar que debía conocer del proceso. (Casación Penal. Julio 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 777, 2ª

— 40 —

AUTOS INTERLOCUTORIOS (El hecho de que algunos de éstos tengan fuerza de sentencia no les quita su carácter)

La circunstancia de que algunos autos interlocutorios tengan fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio, no les quita el carácter de autos interlocutorios, los cuales conforme al artículo 46 del C. J. deben ser dictados por el magistrado ponente y no por la Sala cuando se trata de un juicio de que la Sala de Negocios Generales debe conocer en única instancia. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1955. T. LXXX. Número 2153) 150, 2ª

— C —

— 41 —

CALUMNIA E INJURIA (El sitio en que se redacta la carta, se imprime el folleto o libro, o se edita el periódico que contenga las expresiones calumniosas o injuriosas, no determina de por sí o aisladamente la competencia para conocer de tales delitos)

El sitio en que se redacta la carta, se imprime el folleto o el libro, o se edita el periódico que contenga las expresiones calumniosas o injuriosas, no marca de por sí o aisladamente la competencia para conocer de un delito de calumnia o de uno de injuria. Porque lo que le confiere virtualidad a esta clase de delitos es la difusión o divulgación.

De ahí que siempre que se trate de averiguar a qué juez compete el conocimiento del respectivo proceso sea indispensable saber primero en qué territorio se realizó el delito, es decir, se puso en conocimiento de los lectores o auditores lo escrito o referido, porque puede ocurrir que el lugar de la edi-

ción o impresión no sea el de la divulgación, o que ésta se verifique en forma simultánea o casi simultánea en varios territorios o jurisdicciones. Y esto resulta no sólo probable sino que así sucede muy frecuentemente, dados los medios de divulgación (estaciones radio-transmisoras) y los modernos de trasporte (aviones) que hoy existen; por lo cual no sería raro que una determinada noticia se difundiera primero en sitio distinto de aquel de que proviene. En este último supuesto (simultaneidad) habrá que aplicar las reglas sobre competencia preventiva establecidas en el artículo 57 del C. de P. P. (Casación Penal. Mayo 2 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....493, 1ª y 2ª

— 42 —

CALUMNIA E INJURIA (La divulgación del hecho o de la idea que causa el daño)

Tanto el delito de calumnia como el de injuria requieren la divulgación. Esto es esencial, porque si la idea destinada a causar daño en la reputación o dignidad de la persona no se transmite por cualquiera de los medios propios para que sea conocida —oral o gráficamente— y se queda inédita o en poder de quien la concibió, no hay delito, o, lo que es lo mismo, que si el escrito o las palabras no se propagan o pregonan, el hecho no existe como delictuoso. (Casación Penal. Mayo 2 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .493, 1ª

— 43 —

CASACION

Debe desecharse en casación el cargo consistente en errónea apreciación de las pruebas al aceptar como demostrado un hecho sin estarlo, si ello no aparece de modo evidente, esto es, no se trata de un error manifiesto, pues la casación no es una tercera instancia, sino un estudio de la sentencia a la luz de la ley y no un debate probatorio. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 351, 2ª

— 44 —

CASACION (Técnica de)

En numerosos fallos la Corte ha repetido hasta el cansancio que la casación no es una instancia y que no es su misión entrar a medir, a sopesar nuevamente todo el elenco de la prueba, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo manifiesto en los autos; que ese error para que sea causal de casación tiene que ofrecerse nitidamente configurado en el juicio; que su apariencia se manifieste de tal manera a la inteligencia que no deje sombra alguna sobre el error cometido por el fallador; que la diferencia de apreciaciones de las partes con las hechas en instancia no conducen por sí mismas al error de hecho, ya que de acuerdo con ese criterio el juzgador tiene amplio campo para verificar sus deducciones lógicas ante la variedad de los elementos de prueba ofrecidos en el debate; que los descuidos o negligencias de las partes en el juicio no pueden dar mérito para que opere la casación. (Casación Civil. Junio 1º de 1955. T. LXXX. Número 2154) 393, 2ª

— 45 —

CASACION (Técnica de)

Si los fundamentos de un cargo en casación se enderezan a demostrar falta de apreciación de determinadas pruebas, no puede acusarse la sentencia por violación directa de la ley, sino por infracción indirecta a causa de la deficiente apreciación probatoria.

(Casación Civil. Junio 27 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2154) 471, 1ª

— 46 —

CASACION (Técnica de)

Cualquiera que sea el error de que se trata, comienzan por violar un texto legal sobre pruebas, y el cargo en casación, tanto por error de hecho como de derecho, debe venir respaldado en la disposición legal quebrantada. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 476, 1ª

— 47 —

CASACION (Técnica de)

El objeto de la demanda de casación es la sentencia de segundo grado proferida por un Tribunal Superior de Justicia, y este recurso especialísimo tiende a destruir la presunción de legalidad que ampara a aquel acto jurisdiccional supremo. En tal orden de ideas, el demandante debe combatir las bases o considerandos que llevaron al Tribunal a aplicar determinada norma del derecho positivo que se estima violada, para que se abra ante la Corte el verdadero debate, de alto contenido jurídico, encaminado a decidir si hubo o no quebrantamiento de la ley en el caso sub judice.

Por consiguiente si el actor en casación dejó íntegros, porque no los atacó, los argumentos del Tribunal, la Corte está imposibilitada para volver sobre un problema que ya quedó agotado en las instancias. (Casación Penal. Abril 29 de 1955. T. LXXX. Número 2153) 146, 1ª

— 48 —

CASACION (Inadmisibilidad de los medios nuevos)

En casación, ha dicho la Corte, no pueden ser tomadas en consideración sino las objeciones debatidas durante el trámite de instancia. No pueden aceptarse medios nuevos como los que en el caso particular ofrece el recurrente. (Casación Civil. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 671, 1ª

— 49 —

CASACION (Causal 1ª)

Repetidamente ha dicho la Corte que no porque el fallador de instancia se haya formado un concepto distinto del de los litigantes sobre el mérito de las pruebas, ello de por sí es suficiente para fundamentar el recurso de casación en la causal 1ª, sino que la falsa apreciación, positiva o negativamente considerada, ha de aparecer manifiesta. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Número 2153) 55, 2ª

— 50 —

CASACION (Con base en la causal 1ª no puede prosperar el recurso por violación de las normas contenidas en el Título 13 del Libro 4º del C. C.)

Las normas contenidas en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil, sobre interpretación del acto jurídico, son apenas normas de orientación que la ley da al juez para que pueda interpretar los contratos, cuando se presente el caso; por tanto, su violación no puede dar motivo al recurso de casación que se apoye en la primera parte del artículo 520 del Código Judicial. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .65, 2ª y 66, 1ª

— 51 —

CASACION (Improcedencia de la causal 2ª)

El hecho de que el Tribunal no hubiera aceptado en su integridad las súplicas de la demanda y lo resuelto no fuera aceptado tampoco por la parte demandada, no implica la presencia de los de los elementos que integran la causal segunda de casación. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Número 2155) 687, 1ª

— 52 —

CASACION (Artículos 1136 y 1138

La Corte ha declarado que los conceptos de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea a que alude el inciso primero del artículo 520 del C. J. entrañan motivaciones especificamente distintas que en casación deben individualizarse no siendo técnicamente aceptable la formulación conjunta de estos tres aspectos sin que se haga la debida discriminación y se declare en qué forma se ha violado la ley sustantiva por aquellos conceptos. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....689, 1ª

— 53 —

CASACION (Alcance del artículo 522 del C. J.)

Un recurso de casación interpuesto en la forma en que lo fue el que ahora se trata, en que el abogado a quien se le notificó la sentencia, en el mismo acto agregó de su puño y letra "...diciendo que por no estar conforme, interpone recurso", es indudable que eso está dicho o expresado **"por escrito"**, y cumple, por consiguiente, con la exigencia del artículo 522 del C. J. (Casación Civil Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) .725, 1º

NOTA—A la anterior doctrina, salvaron su voto cuatro Magistrados de la Sala Plena de Casación Civil.

— 54 —

CASACION (Se puede interponer el recurso de casación en el acto de notificación de la sentencia del Tribunal, sin que sea necesario interponerlo en memorial separado)

Se reitera la doctrina expuesta en auto de 5 de febrero de 1941, que en su parte pertinente dice: "Estima la Corte que hallar en esa frase 'por medio de escrito' (artículo 522 del C. J.), un mandato ante el cual un memorial ad hoc sea indispensable es algo ocasionado a sacrificar el derecho a la forma, contra los fines de la justicia (C. J., artículo 472); a tiempo que, por otra parte, aún dentro de esa rigidez no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso hecha en el acto de la notificación, revista en realidad la interposición del requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal, quien ha de ser quien decida al respecto. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no hay duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestación pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería decidiendo sólo ante la falta de un memorial separado el que además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido". (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Número 2155) 724, 2º

— 55 —

CASACION (Recurso desierto. — Demanda presentada por abogado no inscrito en la Corte)

Cuando la persona que suscribe el escrito que se presenta como demanda de casación no es abogado inscrito en la Corte, este hecho equivale a falta de sustentación del recurso y, por consiguiente, es el caso de declararlo desierto. (Casación Penal. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) ...144, 1ª y 2ª

— 56 —

CASACION (Contra sentencias aprobatorias de la partición en juicios sucesorios)

Para que sea procedente el recurso de casación contra sentencias aprobatorias de la partición en juicios sucesorios, es necesario que de esas sentencias haya conocido el Tribunal en segundo grado o instancia. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Número 2155) 701, 2ª

— 57 —

CASACION (Por errónea interpretación de los contratos)

Si no se demuestra evidente error de hecho por parte del Tribunal al interpretar un contrato, error que ponga de manifiesto una arbitrariedad incuestionable por parte del sentenciador, al apreciar la expresión de la voluntad de las partes, no es posible aceptar en casación el error de hecho por parte del Tribunal. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 67, 2ª

— 58 —

CASACION (Por error de interpretación en la naturaleza de los contratos)

Para que el motivo de casación consistente en error de interpretación en la naturaleza de los contratos, ya sea de hecho o de derecho, pueda prosperar, es indispensable que la errónea interpretación acusada incida en la parte resolutiva del fallo, por violación directa, errónea o indebida aplicación de normas sustantivas que hubieren ocurrido directamente por consecuencia de la equivocada interpretación del contrato. En el caso objeto de estudio, las partes en el juicio han partido de la base de que lo pactado entre los señores Mejía Villegas y Cardona fue un arrendamiento; y en tal virtud, en consonancia con la naturaleza del contrato, tanto en la demanda principal como en la de reconvención solicitaron que se declarara su terminación por incumplimiento de una de las partes. La sentencia recurrida que confirmó la de primera instancia, desató la litis dentro del marco propuesto por los litigantes. Ante esta situación procesal los cargos propuestos deben ser rechazados. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 55, 2ª

— 59 —

CASACION (Artículos 1136 y 1138 del C. J.)

La mera violación de los artículos 1136 y 1138 del C. J., de carácter procedimental, por sí solos, no puede fundar un cargo en casación. (Casación Civil. Julio 7 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2155) 668, 2ª

— 60 —

CASACION PENAL

Cada una de las causales enumeradas en el artículo 567 del C. de P. P. contiene sus especiales y precisos motivos. De manera que es antitécnico salirse de ellos o valerse indistintamente de los mismos al sustentar el recurso. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....120, 2ª

— 61 —

CASACION (Por errónea apreciación de las pruebas)

Dentro de la lógica de las pruebas, los Tribunales de instancia tienen libertad para apreciarlas. Esto quiere decir que únicamente los errores manifiestos que contrarían aquellos principios pueden ser objeto de crítica en cuanto se hayan utilizado como presupuestos para producir el fallo que se impugna. De otro modo, siendo siempre posible oponer a un criterio otro distinto, se limitarían las naturales funciones del juzgador y se desnaturalizaría el recurso de casación, que implica apenas un estudio de la sentencia en armonía con la ley y no una nueva y minuciosa controversia. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 120, 2ª

— 62 —

CASACION

La mera deficiencia formal en los considerandos del fallo, cuando la falta de clara exposición no produce duda sobre el hecho y sus particularidades, no da lugar a invalidarlo, puesto que para esto es indispensable que en la sentencia no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación y cuáles se establecieron. Sólo así puede decirse que una providencia judicial carece de las consideraciones elementales para deducir la responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Número 2153).....121, 1ª y 2ª

— 63 —

CASACION (Técnica de)

En casación lo que no se sustenta adecuadamente, resulta ineficaz para abrir un debate de tanta magnitud como es el de examinar si la sentencia impugnada violó concretas normas del derecho positivo. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 142, 1ª

— 64 —

CASACION (Técnica de)

El recurso de casación no puede considerarse fundado cuando quien acude a este medio extraordinario circunscribe su actividad a oponer su criterio adverso al fallo. Y si el ataque consiste en haberse errado en la interpretación de los hechos, hay que señalar la parte en que eso sucedió, previo el análisis jurídico de los mismos, análisis que debe llevar al pleno convencimiento de la arbitrariedad de la sentencia, para que así sea posible reemplazarla por otra. (Casación Penal. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 520, 1ª

— 65 —

CASACION (Técnica en la formulación de la demanda)

La demanda por su forma de presentación, por los hechos alegados como fundamento

de ella, y por el derecho que se invoca, no se ciñe estrictamente a los principios que debe reunir toda demanda de casación. Los requisitos que debe contener la petición, expresamente están determinados en la norma del artículo 531 del Código Judicial, y a ella debe sujetarse toda persona que ante la Corte recurre en casación.

Si el planteamiento de los hechos controvertidos no es claro y preciso; si las causales que se aducen para pedir la infirmación del fallo son equivocadas: si los motivos que las respaldan no son pertinentes para fundamentar la causal invocada; si el derecho alegado no es conducente para deducir la violación de la disposición citada, es natural que la demanda no prospere, bien por ser deficiente o incompleta, ora por no estar fundada, ya también por ser un escrito de instancia y no una verdadera demanda de casación que es lo que ante la Corte debe presentarse. (Casación Penal. Junio 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 552, 2ª

— 66 —

CASACION

Los efectos del fallo de casación de la Corte no pueden hacer más gravosa la situación del procesado en cuyo favor se infirma la sentencia demandada. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 533, 1º

— 67 —

CASACION (Técnica de)

Ya es un lugar común, no por repetido menos digno de ser declarado diariamente, que la demanda de casación debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio y una precisa solicitud. Y el presentar soluciones alternativas sugiere la sospecha de que no hay seguridad en la tesis jurídica que se propugna, o que el problema quedó mal propuesto. (Casación Penal. 27 de julio de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 822, 2ª

— 68 —

CARENCIA DE ACCION (No es una excepción)

La llamada carencia de acción no es una excepción. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 711, 2ª

— 69 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación directa de la ley)

La violación directa de la ley surge sólo cuando la norma se quebranta derechamente, sin consideración de los elementos probatorios que han servido al juez para formar su juicio. Por eso, no puede hablarse de la dicha violación cuando el cargo se sustenta en supuesto error del Tribunal en la apreciación de una prueba; porque tal cargo induciría a una violación indirecta de la ley a causa de una apreciación errónea de tal prueba, bien por error evidente de hecho o bien por error de derecho. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .80, 1ª

— 70 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Errónea interpretación de pruebas)

La errónea interpretación de las pruebas es cosa totalmente distinta de la errónea interpretación de la ley. El error del sentenciador en la tarea probatoria puede llevar a la violación de la ley cuando tal error incide en la sentencia, y entonces ésta puede invalidarse a causa de una infracción indirec-

ta de la norma sustantiva. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .80, 1º

— 71 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Según jurisprudencia constante de la Corte, el solo quebrantamiento de una disposición legal sobre pruebas no es suficiente para casar un fallo por la causal primera, o sea como violatorio de la ley sustantiva. Cuando sólo se cita como infringida una disposición sobre pruebas sin hacer referencia a otras normas sustantivas que se consideran violadas, el cargo resulta ineficaz. (Casación Civil. Mayo 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 370, 2ª

— 72 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede porque la sentencia del Tribunal declara probada una excepción perentoria no propuesta por la parte demandada)

No es inconsonante y, por consiguiente, no puede ser invalidada con fundamento en la causal segunda de casación, la sentencia que declara probada una excepción perentoria no propuesta por la parte demandada; porque, como es bien sabido, cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que siempre debe proponerse o alegarse (artículo 343 del C. J.). (Casación Civil. Abril 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 32, 2º

— 73 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Para el caso de aplicar la causal 2ª del artículo 520 del C. J., no tiene interés hacer consideraciones sobre las tesis expuestas por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, desde luego que el imperio del sentenciador se manifiesta en la parte resolutiva del fallo.

Los errores en que haya podido incurrir el Tribunal en la parte motiva del fallo y que lo llevaron a concretar su determinación en la parte resolutiva de la sentencia, pueden ser motivo de acusación por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, pero en ningún caso dan lugar al recurso fundado en la causal segunda del mismo texto legal, porque esta causal sólo procede cuando el sentenciador decide sobre puntos ajenos al litigio, o cuando deja de resolver sobre algo que fue materia del pleito, porque se condene a más de lo pedido, o finalmente, porque el sentenciador no hubiera considerado, para fallar, alguna excepción perentoria oportunamente alegada. (Casación Civil. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 380, 1º

— 74 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Para que prospere la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, se requiere no sólo que se haya omitido la decisión en el fallo sobre excepciones perentorias, sino que es indispensable que esa omisión tenga como consecuencia el que haya dejado de fallarse sobre alguna de las cuestiones que han sido motivo de la controversia judicial. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 711, 1ª

— 75 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Penal)

Cuando se trate de impugnar un fallo con base en la causal segunda de casación, hay que probar que el error en la apreciación o interpretación de los hechos repercutió sensiblemente en las determinaciones del juzgador al analizar las pruebas. Porque en realidad es la prueba como demostrativa del delito, bien como modificadora o eximente de la responsabilidad, lo que se ataca con la causal que se ha citado. Y en materia probatoria el sistema de la nueva ley de procedimiento no es ya el de la tarifa legal, que ha sido reemplazado por un método más acorde con la misión encomendada a los jueces. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....120, 2ª

— 76 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal segunda de casación se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....139, 2ª y 140, 1º

— 77 —

CAUSAL 2ª DE CASACIÓN

El tema referente a la ausencia de prueba para condenar, porque no esté demostrado el cuerpo del delito o la responsabilidad del agente, puede discutirse en casación sólo con base en la causal segunda, porque es ésta la que contempla el error manifiesto de la sentencia al dar por establecido, sin estarlo, uno de esos hechos fundamentales; y naturalmente, tratándose de juicios fallados por jueces de derecho. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153)....142, 2º

— 78 —

CAUSAL 5ª DE CASACION

Cuando en casación se ataca la sentencia por defecto de motivación —que es vicio formal— el único camino adecuado para remediarlo es el de la causal quinta, y no el de la primera, que se refiere al quebrantamiento de la ley penal sustantiva. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 503, 2ª

— 79 —

CAUSAL 5ª DE CASACION

Si en el fallo no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se

consideran probados, o sea, que carece de motivación, habrá lugar a impugnarlo por la causal 5ª del artículo 567 del C. de P. P. (Casación Penal. Julio 30 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2155) 841, 1ª

— 80 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD

En el artículo 36 del C. P., está concentrado todo el moderno principio de la peligrosidad como fundamento y medida de la sanción. Y para poder el Juez determinar en cada caso concreto ese estado peligroso del agente, el legislador dio índices precisos o pruebas de tales manifestaciones dañinas, colocando en primer término "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" —que es elemento primario y decisivo— y luego los motivos determinantes, las circunstancias que rodearon la infracción y la personalidad del reo. Estas cuatro orientaciones para el juzgador son genéricas y tienen individualidad propia, pues juegan separadamente. Por eso, bien puede acaecer que ante la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, como es el caso, el Juez suba el mínimo de la sanción, recurriendo a cualquiera de los otros derroteros que le marca el artículo 36. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2154) ..... 503, 2ª y 504, 1ª

— 81 —

COADYUVANCIA (Intervención adhesiva litisconsorcial y simple)

Siendo así que la coadyuvancia cualificada se basa en un nexo jurídico entre una de las partes y el adversario y que el fallo ha de fundar la cosa juzgada, la función del coadyuvante queda ubicada en la litisconsorcio (de allí su nombre); el coadyuvante es parte autónoma, y tiene capacidad de litis consorte, y de consiguiente goza de las garantías de los litigantes, inclusive de los recursos legales contra las resoluciones del juez.

Por el contrario, fundada la intervención simple en una relación entre el litigante ayudado y el interviniente, éste no es sino un apoyo, una fuerza que coopera con dicha parte, al lado de ésta y en armonía con ella, por tener interés en que el proceso reciba un desenlace favorable, pero no tendría jamás el carácter de parte, ni podría ejercer recursos de parte, ni sobrevivir a la desaparición de la coadyuvada, por desistimiento de ésta, por ejemplo. (Casación Civil. Mayo 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 363, 2ª

— 82 —

COLISION DE COMPETENCIAS

En sentencia de 21 de julio de 1942 se dijo que "la Corte no puede, al dirimir un incidente sobre colisión de competencias entre dos jueces superiores de distintos distritos judiciales, afirmar ni negar la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanzar concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o no, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Sala usurparía jurisdicción si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como juez de instancia".

Lo transcrito no quiere decir, sin embargo, que la Corte se encuentre imposibilitada, al dirimir las colisiones por razón del territorio, para decir cuál de los funcionarios que se niegan a conocer de un determinado delito con fundamento en la calificación del mismo, se halla en lo cierto, atendidas las constancias procesales y siempre con la sal-

vedad de que nuevos elementos probatorios puedan modificar la situación contemplada en el momento de fijar la competencia controvertida. (Casación Penal. Junio 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....554, 2ª

— 83 —

COLISION DE COMPETENCIAS

La colisión de competencias no surge en el momento en que ella se provoca, sino en el acto en que ella se acepta o se rechaza, siendo necesario e indispensable que el funcionario a quien se plantea exprese las razones que tiene para aceptarla o negarla. Si ocurre lo primero, cesa el incidente, es decir, no existe colisión y el Superior nada tiene que resolver; si no se aceptan las razones del funcionario que la provoca, entonces le corresponde al Tribunal o a la Corte, según el caso, decidir a cuál de los funcionarios le atribuye la competencia para conocer del proceso.

En estas condiciones, es preciso conocer la opinión que sobre el particular tenga el Juez Penal del Circuito de Anserma, funcionario a quien se provoca la colisión de competencias negativa, para que manifieste su pensamiento por escrito sobre el tema suscitado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira. Como esto no se ha realizado, quiere decir que se pretermitieron las formalidades atinentes al procedimiento (artículos 65 y 67 del C. de P. P.). Y mientras estos requisitos no se cumplan, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para decidir el incidente sobre colisión de competencias, al tenor de lo dispuesto por los artículos 42, numeral 4º y 65 y 67 de la Ley 94 de 1938. (Casación Penal. Junio 24 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....557, 1ª y 2ª

— 84 —

COLISION DE COMPETENCIAS (No pueden promoverlas ni aceptarlas los Jueces de Instrucción)

La colisión de competencias sólo puede suscitarse entre los funcionarios que son competentes para conocer del proceso, por la naturaleza del delito, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado.

En consecuencia, no pueden promover ni aceptar la colisión los Jueces de Instrucción Criminal, porque ellos apenas son auxiliares de la justicia represiva, y por lo mismo, carecen de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia. (Casación Penal. Julio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....830, 1ª y 2ª

— 85 —

COMPOSICION DE TIERRAS. — PETROLEOS (Finalidad de la llamada composición de tierras instituída por la legislación española para las Indias)

La finalidad de la llamada composición de tierras instituída por la legislación española para las Indias, no fue otra que corregir la ocupación de grandes extensiones de terreno al amparo de títulos que, aunque debidamente expedidos, no eran suficientes a amparar aquellos grandes latifundios, o la detentación de la propiedad territorial mediante títulos falsos o viciados por informalidades en su expedición. Mediante una "acomodada composición", los poseedores irregulares podían obtener un nuevo título de sus tierras. Para ello, todos debían acudir a las autoridades facultadas expresamente para componer tierras, exhibiendo sus títulos, y debiendo someterse al fallo definitivo que se dictase sobre el particular. Los funcionarios comisionados decidían si se

aceptaba o no la composición solicitada, y fijaban, en caso afirmativo, el valor de los correspondientes derechos de composición, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de las tierras y los servicios prestados por el peticionario al gobierno de su Majestad. (Negocios Generales. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....195, 2ª

— 86 —

COMPRAVENTA (Hay falta de legitimación de la parte demandada cuando en juicio sobre nulidad del contrato no se demanda también al vendedor)

Si en juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa no se demanda también al vendedor, sino solamente al comprador, hay falta de legitimación de la parte demandada (**legitimatio ad processum**) y el fallador no puede entrar a definir el fondo del negocio por ausencia de este presupuesto procesal: porque proferida la invalidez o ineficacia de la convención tendrían cumplido efecto las consecuencias previstas por el artículo 1746 del C. C. y a ello no podría llegarse sin que se fulminara implícitamente una condena contra quien no fue demandado y no podía, por lo tanto, ser sujeto pasivo de obligaciones impuestas con prescindencia del derecho de defensa. (Casación Civil. Abril 15 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....30, 1ª

— 87 —

COMUNIDAD (Acción del comunero en beneficio de la comunidad)

La corte ha dicho: "El comunero puede actuar en todo aquello que traiga beneficio a dicha comunidad por cualquier concepto que lo haga. Si así no fuera, podría suceder que por no poderse reclamar por ninguno de los comuneros la cosa común, pudiera desaparecer en perjuicio de todos". (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 350, 1ª

— 88 —

CONDENA CONDICIONAL. (No implica duda acerca del fenómeno de la responsabilidad)

La condena condicional, establecida como sustitutiva de las penas carcelarias de duración breve, obedece a la conducta anterior del procesado, a la naturaleza y modalidades del delito, a la personalidad del agente, etc., pero en manera alguna significa o implica duda acerca del fenómeno de la responsabilidad, pues la calidad de condicional no le quita su carácter de condenatoria, resultado de un juicio en que fue vencido el infractor, declarándosele culpable. Ella y la libertad vigilada son dispositivos transformadores de sanciones en medidas de seguridad, y de ese beneficio gozan quienes merezcan el crédito que la Ley les abre, una vez comprobado el delito y en vista de los factores que concurrieron en el mismo y de la persona del responsable. (Casación Penal. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 520, 2ª y 521, 1ª

— 89 —

CONFESION (Indivisibilidad)

De conformidad con el principio general consagrado en el artículo 609 del Código Judicial, la parte que sólo puede encontrar la prueba del hecho por ella invocado en la declaración de su adversario, debe tomarla tal como se produce, sin poder escindirla arbitrariamente, extrayendo de ella únicamente lo que le sea favorable, o, en otros términos, la parte que como prueba del hecho que alega sólo puede aducir la declaración de la

contraparte, debe aceptarla o rechazarla pero no puede dividirla o modificarla. Así, cuando el confesante reconoce el hecho afirmado por la contraparte pero agregándole modificaciones que alteran la naturaleza jurídica del mismo, no puede la parte que ha pedido la declaración admitir simplemente el reconocimiento del hecho, rechazando las modificaciones. (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 756, 1ª

— 90 —

CONFESION (Cuándo puede dividirse)

Sólo puede dividirse la confesión cuando el confesante agrega un hecho nuevo que modifique, restrinja o extinga las consecuencias jurídicas del hecho confesado y que no tenga estrecha relación con éste: en tal caso, la prueba de ese hecho nuevo le corresponde al confesante. (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 756, 1ª

— 91 —

CONFESION (Apreciación de los Jueces de instancia sobre su indivisibilidad o divisibilidad)

"Ha quedado a la interpretación o arbitrio de los jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste". (Sentencia de 3 de diciembre de 1931). (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 757, 1ª

— 92 —

CONFESION DIVISIBLE

Cuando se trata de una confesión dividua, el confesante corre con la carga de la prueba de los hechos que la modifican. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 56, 2ª

— 93 —

CONFESION JUDICIAL

Es confesión judicial la que hace una de las partes al dirigirse personalmente por escrito, al Juez de la causa, aun cuando no pueda representar por sí mismo, por no ser abogado; así como lo hace oralmente en una diligencia de secuestro o inspección ocular. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 99, 1ª

— 94 —

CONSTITUCION NACIONAL. ARTICULOS 16 Y 30

Los artículos 19 y 31 de la Constitución de 1886 fueron reemplazados por los artículos 16 y 30 de la Carta en vigencia. La reforma consistió principalmente en hablar del cumplimiento de deberes sociales en donde sólo se había hablado de la protección de derechos individuales, y de interés social en donde únicamente se había hecho referencia al interés o utilidad públicos. Se pusieron así a salvo los derechos recíprocos entre individuo y Estado mediante la imposición de los deberes correlativos, y se hizo la distinción a que alude Hauriou entre Constitución Política y Constitución Social a efecto de regular el ejercicio de las actividades privadas no ya sólo frente al funcionamiento de las instituciones jurídicas, como lo había hecho el Constituyente del 86, sino, además, frente a los fines sociales del Estado. (Sala Plena. Junio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 280, 1ª

— 95 —

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Es doctrina corriente, tanto de la jurisprudencia nacional como de los expositores, la de que un contrato administrativo es un hecho complejo sometido a formalidades sustanciales, cuyo cumplimiento debe acreditarse convenientemente y que no puede probarse por medio de confesión. (Negocios Generales. Abril 1º de 1955. T. LXXX. Número 2153).....155, 2ª y 156, 1ª

— 96 —

CONTRATO ADMINISTRATIVO (El demandante en acción sobre incumplimiento del contrato debe acompañar copia auténtica del contrato celebrado)

Cuando la demanda se funda en el incumplimiento de un contrato administrativo celebrado por un Departamento, el actor debe acompañar copia auténtica en papel competente del contrato celebrado por las partes, en defecto de uno de sus originales y la prueba de su revisión y aprobación por el Tribunal Administrativo, quien debe declararlo ajustado a las autorizaciones consignadas en las normas vigentes. Sin esto no existe lo que se llama en derecho procesal la **legitimatio ad causam**, vulgarmente conocida con el nombre de personería sustantiva, es decir, que el demandante no suministró la prueba fundamental de donde deriva su interés para obrar. (Negocios Generales. Abril 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....
155, 2ª y 156, 1ª

— 97 —

CONTRATOS (Diferencias entre resolución de un contrato y terminación de uno de tracto sucesivo)

No debe confundirse la naturaleza de la acción resolutoria con la de aquella que regula la terminación de los contratos llamados de tracto sucesivo. Como lo ha dicho la Corte: "Por la terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo su fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la **terminación**, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, 'ejecutorios', por oposición a 'ejecutados', cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la **resolución judicial**. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento y se borran, se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanan; se vuelven las cosas al estado en que se hallaron antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza, para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado". (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....55, 1ª

— 98 —

CONTRATOS (Interpretación de)

La naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que corresponde legalmente a aquella en que consiste y a las finalidades que persigue. (Casación Ci-

vil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 69, 1ª

— 99 —

CORREDORES (No son verdaderos mandatarios)

El corredor, como simple intermediario, no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio. (Casación Civil. Abril 13 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2153).....13, 2ª

NOTA — Ver la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 6 de octubre de 1954 publicada en la G. J. T. LXXVIII, págs. 859 ss.

— 100 —

CORREDORES (Requisitos para que un corredor pueda percibir retribución)

El corredor tiene derecho a percibir retribución, siempre que se cumplan estos requisitos:

a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio;

b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo;

c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio por el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo. (Casación Civil. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....17, 1ª

— 101 —

COSTAS (Contra el auto aprobatorio de la liquidación de costas no existe, en la Corte, recurso alguno)

Cuando el Magistrado sustanciador dicta el auto aprobatorio de la liquidación de costas, decide como juez unitario a quien incumbe regular las costas cuyo monto no está señalado en la ley, como acaece con el valor de las agencias en derecho.

Contra ese auto no existe en la Corte ningún recurso. (Casación Civil. Junio 2 de 1955). T. LXXX. Nº 2154).....406, 1ª

— 102 —

CUESTIONARIOS (Con excepción de las hipótesis de los artículos 29 del C. P. y 502 del C. de P. P., los cuestionarios no se deben presentar separados)

El Juez puede presentar cuestionarios separados solamente cuando existan las hipótesis de los artículos 29 del Código Penal y 502 del de Procedimiento. En el presente caso debió formularse una sola pregunta comprensiva de toda la sustancia del homicidio-asesinato planteado en el enjuiciamiento por no concurrir las excepciones de que tratan los preceptos mencionados. Pero dicha anomalía apenas tiene un carácter secundario o formal, porque al interrogar al Juri, en pliego aparte, sobre las modalidades del asesinato, se le puso en condiciones de meditar, de manera exclusiva e inequívoca, acerca de ese tema tan grave y trascendental, siendo entonces el veredicto la consecuencia de un análisis detenido y especializado de la cuestión. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..529, 2ª

— 103 —

CUESTIONARIOS (Interrogatorio mal formulado al Jurado, que crea una nulidad constitucional)

Si el interrogatorio se formula al Jurado dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidos para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución o por determinadas atenuantes, si es el defensor. Y una falta de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 531, 2ª

— 104 —

CUESTIONARIOS (Se incurre en nulidad si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el factor psiquico del delito "que en el homicidio es el propósito de matar")

La Corte acoge nuevamente su primitiva doctrina sentada el 26 de julio de 1944, en donde quedó claramente establecido que se incurre en nulidad si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el factor psíquico del delito, "que en el homicidio es el propósito de matar". (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 532, 1ª

— 105 —

CULPA (De los padres por el hecho dañoso de sus hijos)

La culpa por defecto de vigilancia de la prole es por lo general imputable de la misma manera a quien la haya cometido, sea la madre o el padre, si redunda en daño de tercera persona. Lo que significa que si el padre se presume responsable cuando ejerce la patria potestad en el caso del artículo 2347, nada impide que conforme a la norma común del artículo 2341 se pruebe la culpa de la madre en la vigilancia del hijo, para que se demuestre su propia responsabilidad, como persona capacitada plenamente en los términos de la Ley 28 de 1932. La cuestión varia de aspecto, aunque es conducente al mismo fin jurídico de reparar el daño originado en culpa, presunta o probada, según el caso. No es ya propiamente la responsabilidad predicada por el hecho de otra persona, cuando la presunción no opera, sino más bien el deber de indemnizar por consecuencia de la propia culpa **in vigilando** en que hubiese incurrido la madre que no ejerce la patria potestad. Se le prueba entonces el incumplimiento del deber que le impone el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, y por ello queda en la necesidad legal de reparar el perjuicio. (Casación Civil. Junio 25 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 460, 1ª

— 106 —

CULPA DEL DEUDOR

La culpa se considera por los tratadistas como violación de una norma de conducta por no haber previsto las consecuencias de nuestros actos cuando éstas han debido y podido ser previstas. Vale decir que la noción de la previsibilidad integra por modo

esencial la figura de la culpa. El deudor no puede ser sujeto imputable para el efecto de indemnizar sino de aquellas consecuencias o perjuicios que hubiera debido y podido prever. Por el aspecto contractual los perjuicios se deducen de la naturaleza misma del contrato y de las implicaciones necesarias que de él emanan. Y no de otras. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Número 2155).....688, 1ª

— 107 —

CULPA DEL DEUDOR (Del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la culpa)

Del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la culpa; porque pueden presentarse situaciones en que no obstante la culpa del deudor no se hubieren ocasionado los perjuicios o que éstos queden fuera de la órbita de las nociones que integran los elementos de la culpa. Perjuicios y relación de causalidad entre éstos y la culpa son demostraciones cuya carga le compete al acreedor. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....688, 1ª

— 108 —

CULPA DEL DEUDOR (Presunción de culpa a cargo del deudor por su incumplimiento)

La culpa se presume a cargo del deudor por el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo. Ello implica que esa presunción, de tipo legal, exonera al acreedor de la carga de su prueba, siendo el deudor quien debe demostrar el caso fortuito, la fuerza mayor o en general, la presencia de una causa extraña a su voluntad que lo inhiba de la presunción en su contra. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....688, 1ª

— 109 —

CURADURIA DE LA HERENCIA YACENTE

El discernimiento de la curaduría de la herencia yacente es de orden público, se puede hacer a solicitud de toda persona interesada en ello y aún de oficio por el Juez. Pero no está al arbitrio de quien quiera que con la herencia yacente continúe el juicio, el sustituir con ningún otro procedimiento la regulación legal de aquella guarda. Menos todavía con el trámite judicial atinente a la citación de personas inciertas, desde luego que la herencia no tiene personalidad. (Casación Civil. Abril 29 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....103, 2ª y 104, 1ª

— D —

— 100 —

DECRETO 656 DE 1953. — Exequibilidad de los artículos acusados de este Decreto.

(Véase "Impuestos" en el número 198 de este Indice).

— 111 —

DECRETOS-LEYES.—FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN ESTADO DE SITIO

(Véase "Estado de sitio" en los números 147 y 148 de este Indice).

— 112 —

DELITO CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

El hecho concreto que caracteriza el delito contra los funcionarios públicos consiste en el empleo de coacción (violencia o amenaza) contra el representante de la autoridad para exigirle la ejecución o la omisión de un acto propio de su empleo, o también para tratar de impedir o turbar el ejercicio de las funciones oficiales. Esta clase de ilícitos pertenece a la categoría de los llamados **formales**, y por eso se consuman con el solo uso de la violencia, encaminado a una de aquellas finalidades específicas. (Casación Penal. Mayo 16 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 513, 1ª

— 113 —

DELITO CONTINUADO (Sus diferencias con el "Concurso formal")

Concurso formal y delito continuado no son equivalentes. Por el contrario, sus diferencias son bien notables. Porque concurso formal es aquel en que de un acto resultan instantáneamente dos o más delitos, tan unidos —por heterogéneos que sean— que no es posible a veces distinguirlos sino intelectualmente. En el uno hay pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica; en el otro, unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas. O sea, que lo que en el delito continuado es único (la lesión), en el otro (concurso formal) es múltiple; y lo que es plural en el continuado (acciones), es único en el concurso formal o ideal. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .. 500, 1ª

— 114 —

DELITO CONTINUADO

Lo que caracteriza el delito continuo o continuado, que es fruto de actos repetidos, es la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica, pues si el agente —enseña Carrara— con las repetidas violaciones ofendió siempre una misma ley penal, entonces el fin de las diversas violaciones se unifica, por lo menos bajo el punto de vista genérico —advierte— y la unificación del fin conduce a unificar también el delito. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 500, 1ª

— 115 —

DELITO DE RESPONSABILIDAD (Calidad de funcionarios públicos. — Comprobación)

En los delitos de responsabilidad que se adelantan contra funcionarios públicos, previamente, debe demostrarse la calidad de éstos, ora, porque esa investidura oficial en relación con el cargo es la que le confiere fuero especial, bien, porque los delitos de responsabilidad sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20 de la Constitución Nacional), ya también, porque la competencia de los Tribunales en primera instancia, y la de la Corte en segunda, no pueden determinarse en forma concreta sino mediante la comprobación de la investidura, decreto de nombramiento y posesión del cargo. Es claro que, a falta de la diligencia de posesión, ésta se presume de derecho por el ejercicio posterior de las funciones (artículos 7º C. J. y 251 C. P. y M.). (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 123, 1ª y 2ª

— 116 —

DELITO DE RESPONSABILIDAD (La comprobación de la calidad de funcionario público del inculpado es indispensable. — Cómo se demuestra esta calidad)

"Los documentos comprobatorios de la calidad del sindicado —ha dicho la Corte— son indispensables, en los procesos seguidos por delitos de responsabilidad puesto que, en estos casos son la calidad de funcionario del inculpado y la naturaleza de la infracción cometida, las que determinan el fuero especial y señalan la competencia. Mientras tal calidad no esté acreditada, tampoco estará fijada la facultad que para conocer del asunto tengan el Tribunal en primera instancia y la Corte en segunda".

La calidad de funcionario público se demuestra con el Decreto de nombramiento y la correspondiente acta de posesión; pero, la omisión del segundo requisito, no impide que se adelante la investigación y se califique el mérito del sumario, porque el nombramiento y el posterior ejercicio del cargo hacen presumir de derecho la posesión, ora para estimar válidos los actos realizados por el funcionario, ya también, para exigirles responsabilidad (artículo 7º del C. J.). Ningún funcionario puede entrar a ejercer el cargo sin prestar el juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumban (artículo 251 C. P. y M.). Este acto es lo que la ley denomina posesión. Pero es más: las irregularidades en la diligencia de posesión y la omisión de la misma no anulan los actos del empleado ni los exime de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones (artículo 252 ibidem).

Cuando, además del nombramiento, se acredita el ejercicio del cargo, por certificaciones, actuaciones del funcionario, por confesión del mismo o por cualquier otro medio de prueba, la calidad de funcionario público —ante la ley— está plenamente comprobada, aun cuando se haya omitido la diligencia de posesión. En estas condiciones, tanto el Tribunal como la Corte tienen jurisdicción y competencia para conocer y fallar el negocio, siendo innecesaria, por tanto, la revocatoria de la providencia para allegar el acta de posesión, porque ésta —se repite—, se presume de derecho por el ejercicio posterior de funciones, y la omisión no exime de responsabilidad al funcionario que en virtud de nombramiento entra a desempeñar el cargo. (Casación Penal. Abril 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....126, 1ª y 2ª

— 117 —

DEMANDA (Alcance de la facultad que tienen los jueces de instancia para interpretar las demandas)

La facultad que tienen los jueces de instancia para interpretar la demanda no puede llegar, so pretexto de buscar su verdadera intención, hasta el extremo de desconocer la naturaleza de la acción incoada; ello equivaldría a modificar esencialmente la situación planteada al trabarse el lazo jurídico procesal y a realizar oficiosamente una intervención que colocaría a una de las partes en condiciones de no poder evitar las sorpresas en las resoluciones judiciales, que no pudieron ser previstas en el desarrollo del debate. (Casación Civil. Abril 15 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....29, 1ª y 2ª

— 118 —

DEMANDA (Su interpretación por los jueces de instancia)

No pueden los jueces, en uso de la facultad que tienen para interpretar las demandas, corregir las equivocaciones de fondo en

que hayan incurrido los apoderados de las partes. (Casación Civil. Abril 15 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 29, 2ª

— 119 —

DEMANDA (Cuándo puede ser variada en casación la interpretación dada por el fallador de instancia)

La interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y puede ser variada en casación por la Corte sólo en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto. (Casación Civil. Abril 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .. 33, 2ª

— 120 —

DEMANDA (El error en su interpretación es de hecho, sólo por excepción de derecho)

El error en la interpretación de la demanda, sólo por excepción es de derecho, v. gr., cuando a la confesión que en ella se hace, se atribuye mérito de confesión extrajudicial, siendo judicial. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 109, 1ª

— 121 —

DEMANDA (Corrección de la)

La corrección o enmienda de una demanda, aunque de ella, como es lógico, deba darse traslado al demandado, no es una demanda nueva sino una simple corrección o enmienda, de manera que los efectos producidos por la demanda inicial no se borran como consecuencia de que ella hubiera sido posteriormente corregida o enmendada.

Por consiguiente interrumpido el término de caducidad de una acción por medio de la presentación de la demanda, este efecto no se pierde y la caducidad no se opera porque después haya sido corregida la demanda primitiva y la corrección haya sido presentada después de la fecha en que el dicho término habría expirado. (Negocios Generales. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 161, 1ª

— 122 —

DEMANDA DE CASACION PRESENTADA POR ABOGADO NO INSCRITO

(Véase "Casación", en el número 55 de este Indice).

— 123 —

DENEGACION DE JUSTICIA

Lo que caracteriza a la denegación de justicia, es el pretexto de ser oscura la ley para eximirse de aplicarla. Allí radica, pues, el dolo. Luego es claro que debe demostrarse en cada caso la concurrencia de ese factor para que exista el delito, pues si el punto jurídico es en realidad discutible y la ley no aparece suficientemente clara al respecto, la actuación del funcionario no es entonces un pretexto sino un justificado motivo para abstenerse de aplicarla, y así el hecho no resulta sancionable. (Casación Penal. Junio 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 535, 2ª

— 124 —

DESISTIMIENTO (De un recurso por los Agentes del Ministerio Público)

Es evidente que los Agentes del Ministerio Público no pueden desistir sino en los casos en que tengan autorización legal de las entidades que representan (numeral 4º del artículo 465 del C. J.). Pero esa facultad sólo hace referencia a cuestiones netamente civiles y no a penales. En estos casos, el Mi-

nisterio Público es titular de la acción penal (artículo 95 C. de P. P.); por consiguiente, el derecho que la ley otorga para desistir de un recurso tiene plena operancia jurídica, cuando los resultados que se pueden obtener por consecuencia del recurso, no conducen a ninguna finalidad práctica en orden a la administración de justicia.

Si la muerte del procesado extingue la acción y las consecuencias penales de la condena, es natural que el recurso de casación en sus efectos favorables o desfavorables no tendría ninguna aplicación práctica, toda vez que la muerte del sindicado deja sin efectos jurídicos, por una parte, la acción penal, y por otra, los resultados provenientes del fallo (artículo 100 del C. P.). (Casación Penal. Junio 15 de 1955. T. LXXX. Número 2154) .....550, 2ª y 551, 1º

— 125 —

DESLINDE

Reitera la Corte su doctrina sentada en casación de 25 de junio de 1942, conforme a la cual: "La redacción de que se valen las escrituras públicas para indicar los límites de inmuebles transferidos en ellas, es uno de los medios conducentes a establecer el alindamiento efectivo del fuismo, como es obvio; pero no puede decidir por sí sola la disputa sobre la línea de colindancia entre ese predio y el contiguo. En controversias de esta clase puede en lo general dividirse la labor del sentenciador en esta forma: analizar en primer lugar los títulos para ver cómo están redactados sus linderos, y en segundo lugar estudiar, según las pruebas pertinentes, entre las cuales por fortuna suele figurar su propia vista de ojos, la topografía del terreno y los demás elementos materiales, para indagar y determinar cómo se ajustan esas indicaciones de las escrituras a la realidad de los elementos materiales respectivos. En el caso en que dos corrientes de agua confluyen y de las cuales una se señala como lindero en las escrituras, desde esa confluencia hasta su origen, la sentencia que busca la escogencia entre esas dos corrientes podrá no conseguir el acierto buscado y ser consiguientemente atacada; pero en ataque no cabe el cargo de error de derecho o de hecho en la apreciación de los títulos". (Casación Civil. Abril 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 39, 2ª

— E —

— 126 —

EFECTOS DE LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY (En principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria)

La Corte en jurisprudencia constante y uniforme ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión de inexequibilidad no es otra que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada. (Sala Plena. Julio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) .645, 1º

— 127 —

EFECTOS DE LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY (No borra los efectos que la ley declarada inexequible ha producido mientras estuvo en vigor)

Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor. (Sala Plena. Agosto 5 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) ....266, 1ª y 2ª

— 128 —

EMBARGO (Abuso del derecho del ejecutante)

Cuando el ejecutante incurrió en abuso del derecho de litigar al solicitar un embargo, no queda relevado de responsabilidad y de la consiguiente obligación de indemnizar perjuicios por el hecho de que el secuestre hubiera sido negligente en la administración de la cosa secuestrada. (Casación Civil. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) ...288, 2ª y 289, 1ª

— 129 —

ENEMISTAD GRAVE Y AMISTAD INTIMA (Causales de recusación o impedimento)

Los términos de amistad íntima y enemistad grave —ha dicho la Corte— envuelven conceptos de apreciación subjetiva y se afirman respecto de relaciones existentes entre dos o más personas. Pero, si bien es verdad que el primer concepto —amistad íntima— es absoluto, no lo es en relación con el segundo, porque la enemistad grave no necesita esa mutua correspondencia que se exige en la amistad; pues, para su configuración sólo es indispensable la presencia de hechos que la revelen, aun cuando no tenga la misma equivalencia respecto de la persona contra quien se profesa esa grave enemistad.

La calificación de la enemistad grave no puede estar sujeta a la opinión unilateral del juzgador, con base en el criterio de apreciación subjetiva de dichos sentimientos, cuando, por otra parte, existen hechos que revelan la existencia de esa enemistad que dentro de los planos subjetivos de quien la profesa puede tomar el calificativo de grave, para dar cabida a la causal de recusación contemplada en la ley procedimental, máxime, cuando las personas entre quienes se plantea son de elevada posición cultural y social. (Casación Penal. Julio 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 800, 2ª

— 130 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Condiciones de la acción)

La Corte con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, ha establecido en jurisprudencia constante y uniforme, que el enriquecimiento injusto es fuente de obligaciones civiles, consagrando al efecto la acción de **in rem verso**, para cuyo ejercicio se requieren las siguientes condiciones: a) empobrecimiento del actor; b) enriquecimiento del demandado; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; d) ausencia de causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial; e) inexistencia de cualquier otra acción encaminada al mismo fin; f) que no se burle una prohibición imperativa de la ley. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. Tomo LXXX. Número 2154) .....417, 1ª y 2ª

— 131 —

ÉPOCA DEL ILICITO (Error del juzgador en su determinación)

El artículo 198, numeral 8º del Código de Procedimiento contempla, entre otros, como motivo de nulidad el error relativo a la "época" del ilícito, y no a la "fecha" del mismo, que es cosa distinta. La ley, por lo tanto, le deja al juzgador un amplio margen, un período de tiempo más o menos largo, para determinar cuándo se cometió el delito, en los casos en que no exista evidencia sobre el particular, a fin de evitar que la acción penal se paralice ante la imposibilidad de fijar con toda precisión y exactitud dicha circunstancia temporal del hecho criminoso. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Número 2154).....528, 2ª

— 132 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de las pruebas)

La autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio, no está limitada sino en dos casos: Primero: cuando el Tribunal yerra en forma tan grave que contraría la evidencia producida por una o más pruebas, dando por probado aquello que cierta e indiscutiblemente no lo está; o negando que esté probado aquello que lo está de manera irrefragable. Es el error de hecho en la estimación de las pruebas. Segundo: cuando contraría de tal suerte un texto legal sobre la tarifa de las pruebas, el mérito demostrativo de la prueba aducida o la forma en que fue llevada al proceso, que a una prueba determinada resulta otorgándoselo el valor de que carece, o negándole el que tiene, según ese texto. Es el error de derecho en la apreciación de las pruebas.

En el primer caso el yerro es de orden físico, fruto de una defectuosa percepción sensorial del juzgador, porque ha creído ver en el proceso lo que no existe, como cuando da por probada la propiedad con la escritura que no está registrada; o no ha visto lo que hay realmente como cuando niega al título el mérito de probar el dominio, por no hallarse inscrito, siendo así que consta que lo está en certificado del Registrador presentado separadamente.

En el segundo caso, el yerro es estrictamente jurídico, ya que consiste en valorar una prueba existente en el proceso en forma contraria a las disposiciones legales que determinan los medios probatorios, señalan el valor de una prueba o fijan el procedimiento para aducirla, reconociendo a la prueba un valor que no tiene, o desconociéndole el que tiene, según esas disposiciones. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....475, 1ª y 2ª

— 133 —

ERROR COMUN

Cuando se trata de estabilizar una situación contraria a la ley, es posible tomar en consideración sólo el llamado error común, o sea el error invencible en que de buena fe han incurrido, no una persona, sino las varias que han intervenido en la ejecución de un acto jurídico, así como gran número de terceros: sólo en este caso surge la necesidad de dar protección, contra la rígida aplicación de un texto legal, a quienes de buena fe han incidido en error. Cuando son muchas las víctimas del error, hay de por medio un interés público al cual es preciso atender; se ha creado en tal caso una apariencia en la cual han confiado legítimamente numerosas personas y es necesario entonces que esa apariencia prevalezca sobre la realidad; así la máxima de que se trata ha sido con-

siderada, con razón, como un aspecto de la teoría de la apariencia, consagrada en varios textos legales. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 343, 2ª

— 134 —

ERROR COMUN

La jurisprudencia nacional, lo mismo que la extranjera, ha decidido, en numerosas ocasiones, que el error común permite la validación de actos que, sin él, serían nulos, como los autorizados por notario que carece de las condiciones exigidas por la ley para el ejercicio del cargo, o cuyo nombramiento adolece de algún vicio, o que ejerce públicamente las respectivas funciones sin haber sido legalmente nombrado o después de haber sido destituído. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 344, 1ª

— 135 —

ERROR COMUN (Aplicación de la máxima. Error communis facit jus)

Aunque la máxima **error communis facit jus** requiere extrema prudencia en su aplicación, como que constituye una excepción a la teoría de la nulidad, es lo cierto también que debe admitirse cuando con ello no se vulnera ningún interés legítimo ni se causa perjuicio; así, por ejemplo, cuando se invoca respecto de una regla de forma cuya omisión inculpable no ha causado perjuicio alguno a la persona contra la cual se aduce; o cuando quien exige la aplicación rigurosa de la ley sólo pretende obtener con ello un beneficio ilegítimo, esto es, sacar provecho del error en que una de las partes, o ambas, han incurrido de buena fe y sin culpa. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 344, 2ª

— 136 —

ERROR DE DERECHO (Técnica de casación)

Todo error de derecho en la apreciación de pruebas implica una doble infracción legal: la del precepto de orden probatorio, que el sentenciador desatendió dando a la prueba un valor que no tiene, o negándole el que tiene; y la de los preceptos tocantes al fondo de la acción. Si, pues, cuando en casación se acusa por esta clase de error no se cita el precepto de orden probatorio, es imposible saber si en la estimación de la prueba que se dice fue mal apreciada se incurrió en error de derecho. (Casación Civil. Abril 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 109, 1ª

— 137 —

ERROR DE DERECHO

Hay error de derecho, cuando en la apreciación de una prueba se infringe la ley que la establece y que señala el valor que le corresponde, o en otros términos, el error de derecho implica la transgresión de un precepto legal sobre régimen probatorio. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 490, 1ª

— 138 —

ERROR DE DERECHO (En casación)

El error de derecho que se configura en darle a la prueba un valor que legalmente no tiene o negarle el que le corresponde; para que prospere en casación es menester indicar qué disposiciones del procedimiento sobre el valor de la prueba han sido infringidas para que sea tomada en cuenta la violación indirecta de los preceptos sustanti-

ves. (Casación Civil. Julio 16 de 1955. Tomo LXXX. N° 2155) 707, 2ª

— 139 —

ERROR DE HECHO

Hay error de hecho cuando el fallador considera como no probado un hecho por haber ignorado o no haberse dado cuenta de la existencia en el proceso de un medio probatorio que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. N° 2154) 490, 2ª

— 140 —

ERROR DE HECHO

El error de hecho como fundamento del recurso de casación debe aparecer en los autos de modo manifiesto, es decir, que se ofrezca a la inteligencia del fallador en forma tan clara y precisa que su evidencia no pueda quedar sometida a la duda; porque donde ésta exista, la evidencia desaparece; ni puede aceptarse que para llegar a tal conclusión se tome para respaldar la crítica en forma aislada de elementos probatorios prescindiendo de la concatenación que se deduce de la confrontación con otras probanzas que tiendan a acreditar el hecho en que se pretende hacer consistir el error.

Por otra parte, para que prospere esa causal deben individualizarse de manera concreta y precisa los hechos sobre los cuales el recurrente estima que se incurrió en error de hecho; no basta que se formule el cargo genéricamente, buscando, además, que la Corte llegue hasta el extremo de sopesar los testimonios para infirmar la apreciación que sobre ellos hace el Tribunal. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. N° 2153) .56, 2ª

— 141 —

ERROR DE HECHO

Es doctrina constante de la Corte, que el error de hecho para que sea operante en casación, debe aparecer, de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandojuicra que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza. Y que se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación, diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. N° 2155) 680, 2ª

— 142 —

ERROR DE HECHO (Técnica de casación)

Cuando en casación se acusa una sentencia por error de hecho, no basta citar las pruebas que han podido ser mal apreciadas en virtud del error, sino que es preciso señalar claramente en qué consiste ese error de hecho que debe manifestarse de manera evidente. (Casación Civil. Julio 16 de 1955. T. LXXX. N° 2155) 707, 2ª

— 143 —

ERROR DE HECHO (En la estimación o interpretación del contrato)

El error de hecho manifiesto, en materia de estimación o interpretación del contrato, según doctrina reiterada, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato, como

prueba del proceso, se le hace decir lo que no dice, o se le niega lo que dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo, o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Número 2154) .....359, 2ª y 360, 1ª

— 144 —

ESCRITURA PUBLICA (Validez de una escritura cuya matriz no aparece firmada por el notario)

Demuestran error común claramente excusable, que permite tener como válida una escritura aunque la matriz no aparezca firmada por el notario, el hecho de que en el protocolo de la misma notaría quedaran varias escrituras en las mismas condiciones y de que el notario entregara copia debidamente autenticada de la respectiva escritura. Porque si es cierto que los otorgantes deben cuidar de que la escritura quede firmada por el notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto de esta circunstancia cuando el mismo notario les entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia, firmada por el funcionario, da éste fe de que el original está firmado por él. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 345. 1ª

— 145 —

ESTADO CIVIL (La acción es simplemente declarativa)

La acción de estado civil es simplemente declarativa, con las naturales consecuencias que de allí se desprenden y que son de diverso orden. (Véase GACETA JUDICIAL, número 2144, pág. 42). (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .481, 2ª

— 146 —

ESTADO CIVIL (Prueba del estado civil de las personas. — Alcance de la amplitud de apreciación de los jueces de instancia)

Cuando se trata de acreditar el estado civil de las personas, la libertad de apreciación de los jueces no es tan amplia en materia de pruebas, y puede la Corte, en casación, estimar si el Tribunal ha incurrido en error, cuando muestra demasiada amplitud y da por acreditado un estado de posesión notoria del estado de hijo, sin que los hechos alegados en favor de tal estado se encuentren demostrados de manera irrefragable. (Casación Civil. Junio 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .....439, 2ª y 440, 1ª

— 147 —

ESTADO DE SITIO (Amplitud de las facultades del Presidente de la República en el estado de emergencia)

Las facultades extraordinarias del Presidente de la República en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo. No existe un poder absoluto en el Jefe del Estado sobre la adopción de normas de carácter legislativo. Sus atribuciones, que se reconocen muy amplias, no alcanzan hasta destruir los preceptos, de obligatorio cumplimiento por el Presidente, que consagran derechos individuales, garantías sociales, o estructuran las instituciones.

Surgen, pues, los poderes presidenciales en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos, o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultades extraordinarias dirigidas a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado. (Sala Plena. Abril 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....4, 1º

— 148 —

ESTADO DE SITIO (Alcance de las facultades presidenciales)

Reitera la Corte lo dicho en sentencia de 19 de abril de 1955, sobre el alcance de las facultades del Presidente de la República durante la turbación del orden público. (G. J. número 2153). (Sala Plena. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....639, 2º

— 149 —

ESTADO DE SITIO (Normas constitucionales que rigen en todo tiempo)

No obstante el propósito de los constituyentes, de reducir a términos precisos el radio de acción presidencial frente a los preceptos del Estado que garantizan los derechos individuales y sociales y organizan las instituciones. la limitación no fue taxativa, y deja siempre como fuente de restricción de aquellos derechos y garantías los poderes extraordinarios del Presidente en el estado de sitio, correspondientes a su responsabilidad y a sus deberes que la Constitución le señala para la guarda del orden público.

Sin embargo, hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así, por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohibe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26, que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohibe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia. (Sala Plena. Abril 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....5, 1º

— 150 —

ESTADO DE SITIO (Dentro del estado de sitio el Presidente puede decretar impuestos)

Dentro del estado de sitio el Presidente puede decretar impuestos, conforme al artículo 121 y mediante disposiciones de indiscutible carácter legislativo, aunque transitorias y sometidas a la caducidad de que trata el propio artículo 121. (Sala Plena. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155)..641, 2º

— 151 —

ESTIPULACION POR OTRO (Cuándo no existe)

No existe estipulación por otro cuando el

contratante conserva en el contrato su personal y directo interés, aunque al propio tiempo obre también en representación de otra persona. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 54, 1ª

— 152 —

EXCEPCIONES DILATORIAS (La providencia que las decide es un auto interlocutorio)

Si la providencia que decide las excepciones dilatorias sólo hace imposible la continuación del juicio pero no decide sobre lo principal del pleito, ella es un auto interlocutorio y, en consecuencia, cuando se trate de juicio del que deba conocer en única instancia la Corte, su proferimiento corresponde al magistrado ponente y no a la Sala de Negocios Generales.

Tal ocurre, v. gr., aun cuando la excepción que se declara probada es la de cosa juzgada, porque entonces la providencia que declara probada la excepción, no decide sobre lo principal del pleito, esto es, sobre la acción incoada en la demanda, porque ello fue objeto del juicio anterior. (Negocios Generales. Abril 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 153, 1ª y 2ª

— 153 —

EXCEPCION

La excepción, estrictamente, consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por éste, y que por lo tanto, destruye la acción. No basta negar simplemente el derecho que afirma el actor; es preciso contraponer y demostrar el hecho impeditivo o extintivo.

Y para que la acción pueda ser tenida en cuenta, es apenas lógico que no baste enunciarla en la contestación de la demanda, sino que es preciso alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 711, 1ª

— 154 —

EXPROPIACION INDIRECTA. — OCUPACION DE HECHO

Cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al artículo 269 de la ley 167 de 1941, a la condena de perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios deba incluirse "el pago de lo que valga la parte ocupada", se contempla la figura, que los expositores han llamado **expropiación indirecta**, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente por él. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Número 2153) ..... 256, 2ª y 257, 1ª

— 155 —

EXPROPIACION REGULAR

La expropiación regular, en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 257, 1ª

— 156 —

EXPROPIACION (Como procedimiento y como fenómeno jurídico)

El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y ex post facto en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además, las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos; el primero de éstos es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés público o social sobre el interés individual, que da asidero y base legal al segundo período: la manifestación concreta de voluntad de la administración, mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dio origen a la declaración de utilidad pública.

La función jurisdiccional del Estado no se ejerce sino en los períodos subsiguientes, para decretar la expropiación misma, o sea, la transferencia forzosa de la propiedad, y establecer el cuantum de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción no se establece, científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 257, 2ª

— 157 —

EXPROPIACION (Procedimiento. Indemnización)

La administración utiliza el procedimiento de la expropiación cuando el propietario, por cualquier circunstancia, no consiente voluntariamente en el traspaso de la propiedad, bien porque de él se pretenda más de lo que aquél crea justo, bien porque haya desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente, de parte de la administración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo, descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un contrato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público

La cuestión sustancial, de fondo, no cambia por el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquélla acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato: la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Sólo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como precio de la cosa adquirida, sino como indemnización, de todos los perjuicios que se causan al propietario. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Número 2154) ..... 257, 2º y 258, 1ª

— 158 —

EXPROPIACION (El procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa)

De la naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata (en la de expropiación), que es el de dominio, se des-

prende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuída impropiamente a la justicia ordinaria, sino el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona o discute la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo, anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuencialmente, la naturaleza de la función, se hallan lógica y necesariamente determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego: la propiedad privada, de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de parte de la administración pública. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) ..... 258, 1ª y 2ª

— 159 —

EXPROPIACION

La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el artículo 269 de la ley 167 de 1941, el cual artículo se declara inexequible, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 259, 1ª

— 160 —

EXPROPIACION (En todos los casos de expropiación de la propiedad privada se exige sentencia de la justicia ordinaria)

El artículo 30 de la Constitución Nacional exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 259, 1ª

— 161 —

EXPROPIACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS.—OCUPACION DE HECHO

(Véase "Ocupación de la propiedad privada por vías de hecho con ocasión de trabajos públicos", en el número 237 de este Indice).

— 162 —

EXTORSION Y CHANTAJE

Es posible que existieran las relaciones incestuosas de que se acusó al denunciante, y que éste las callara por vergüenza de manifestarlas o por sustraerse a la acción de la justicia; pero ciertas o no ciertas, su afirmación en boca de Urrea perjudicaba el honor de la familia..., lo que bastaba a intimidar a don Pablo, como habrían sido suficientes al mismo fin, por sí solas, las imputaciones que aquél le hiciera con referencia a... Ello sin consideración a la calidad de legítimo o ilegítimo que el interés vinculado al temor de N., revistiera, porque estos delitos contra la propiedad no podrían estructurarse —si tal distinción se aceptara— sino respecto de imputaciones mentirosas o de revelación de secretos imaginarios —únicas hipótesis que admitirían la inocencia del sujeto pasivo y por consiguiente su interés legítimo y es sabido, como lo recuerda la Procuraduría, con cita de Molinario, que "Tampoco interesa que las imputaciones contra el honor o los secretos que se amenaza con revelar sean verdaderos o falsos". Ni se diga que el derecho penal protege la ilicitud cuando el temor se refiere a intereses ilegítimos, pues la represión de la extorsión y del chantaje no excluye las responsabilidades en que, a su vez, hubiere incurrido el ofendido por los actos que dieron

lugar a la infracción de que fue víctima. (Casación Penal. Junio 14 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2154) ..... 543, 1ª y 2ª

— 163 —

EXTORSION (Configuración de este delito)

Para que se configure jurídicamente el delito de extorsión no es necesario que la amenaza de imputación contra el honor o de revelación de secretos sea directa o expresa, ni que sea también expresa o directa la exigencia a otro de entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente del delito cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, sino que es suficiente la obtención para sí o para un tercero de la cosa, dinero o documento a trueque de no hacer la imputación o la revelación temidas por la víctima, así sea ésta quien ofrece la dádiva para asegurarle al ofensor el precio de su silencio. (Casación Penal. Junio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 539, 1ª

— F —

— 164 —

FALSEDAD

El delito de falsedad, en su acepción más amplia, significa faltar a la verdad y en él puede incurrir cualquier ciudadano; lo comete asimismo el funcionario público en aquellos casos de suposición, alteración, ficción, etc., de documentos, diligencias o, en general, de actuaciones en que debe intervenir, o en certificados que deba expedir. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 500, 1ª

— 165 —

FILIACION NATURAL. (Poder discrecional del juez en la apreciación de pruebas en estos juicios)

Teniendo en cuenta que las causales para declarar la paternidad natural establecidas por los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador en el recinto íntimo de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de que se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian dentro de su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 60, 1ª

— 166 —

FILIACION NATURAL (En estos juicios, para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo, no basta la declaración de dos testigos solamente)

Para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo en juicio sobre filiación natural, no basta la declaración de dos testigos según el art. 697 del Código Judicial sino que se requiere un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. (Ley 45 de 1936, artículo 4º, ordinal 5º; y artículos 6º y 7º; Código Civil, artículos 398 y 399). (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 61, 1ª

— 167 —

FILIACION NATURAL (La prueba indiciaria no es admisible por sí sola, para acreditar la filiación natural)

Como lo ha dicho la Corte: "No es admisible la prueba indiciaria por sí sola para acreditar la filiación natural, así sean de numerosos, graves, precisos y concordantes los indicios que se hayan producido dentro del juicio. Las presunciones judiciales podrán utilizarse con naturales limitaciones, según fuere el caso, para comprobar circunstancias relacionadas con los extremos señalados en las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pero la prueba de indicios, por sí sola, es ineficaz para la comprobación de la paternidad natural en situaciones que no encajan estrictamente dentro de alguno de los casos previstos en el artículo 4º de la citada ley". (Casación Civil. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....298, 1ª

— 168 —

FILIACION NATURAL. (Posesión notoria del estado de hijo natural)

Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de sostener que los elementos integrantes de la posesión notoria del estado de hijo natural, trato, fama y permanencia, deben ser acreditados en forma irrefragable, como lo dice la ley; que los testigos deben exponer al respecto las motivaciones concretas de sus apreciaciones personales y que hechos aislados o de carácter equívoco no pueden dar base para sostener la existencia de la posesión notoria de un estado civil como fuente de trascendentales derechos. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....329, 2ª

— 169 —

FILIACION NATURAL. (Prueba de las relaciones sexuales estables)

Para que se pueda hacer la declaración judicial de paternidad natural con base en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, no basta que se aleguen como pruebas los dichos de personas que apenas declaran que conocieron la existencia de tales relaciones, si no afirman hechos concretos de los que se deduzca de modo evidente la existencia, la continuidad y la notoriedad de las mismas. Ni es suficiente que los testigos digan que les consta que el presunto padre dio dinero en algunas ocasiones a quien se pretende ser su hijo, para que pueda tenerse como comprobada la posesión notoria del estado civil de hijo natural; sino que es menester que exista un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten que durante diez años continuos, por lo menos, el presunto padre trató y presentó como hijo suyo al interesado en la declaración de hijo natural, y que proveyó a su subsistencia, establecimiento y educación; y tales testimonios deben recaer sobre hechos concretos y determinados conocidos objetivamente por los testigos. (Casación Civil. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .299, 1ª

— 170 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

La Corte, en tratándose de la causal cuarta de investigación de la paternidad natural, ha exigido estrictamente, en doctrina constante, que las relaciones correspondan a la época de la concepción, es decir, que el nacimiento se haya efectuado después de los ciento ochenta días a partir del comienzo de las relaciones y antes de los trescientos des-

pués de haber cesado, siguiendo en ello el ordenamiento general de la legislación, trazado en los artículos 92, 214, 220, y 237 del C. C., y 6º de la ley 95 de 1890. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 476, 2ª y 477, 1ª

— 171 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

La exigencia de la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias en la investigación de la paternidad natural no pueden basarse en el conocimiento directo y personal que de tales actos lleguen a tener unos testigos. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....477, 1ª

— 172 —

FILIACION NATURAL (Restricción probatoria en los juicios de indagación de la paternidad natural)

En numerosos fallos la Corte ha insistido en el carácter restricto que debe gobernar la apreciación y mérito de la prueba en todo lo que diga relación a los juicios de indagación de la paternidad natural, por la trascendencia privada, familiar y social que tienen estas providencias judiciales, y de modo especial cuando al frente de la parte pasiva de la acción no se halla el legítimo contradictor, sino sus herederos. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).... 327, 1ª y 2ª

— 173 —

FILIACION NATURAL (Improcedencia de la intervención de los herederos no demandados en juicio para interponer recurso de casación cuando no lo ha interpuesto la parte demandada)

Como la sentencia proferida en juicio sobre filiación natural seguido contra unos herederos del presunto padre no funda la cosa juzgada respecto de otros, éstos no reciben perjuicio con la sentencia que declare la filiación y no hay, por consiguiente, en ellos derecho para intervenir en el juicio dicho y menos aún para interponer recurso de casación contra el fallo cuando no lo han interpuesto los demandados. (Casación Civil. Mayo 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).... 362, 2ª y 363, 1ª

— 174 —

FILIACION NATURAL (Efectos de la sentencia cuando el juicio se sigue contra los herederos del presunto padre)

Cuando el juicio de filiación natural se adelanta contra el presunto padre la sentencia tiene efecto respecto de todos, es decir, erga omnes, o sea que el hijo reconocido como natural por sentencia judicial puede alegar ese carácter respecto de todo el mundo y para todos los efectos concernientes al estado civil patrimoniales o extrapatrimoniales; en cambio, cuando el juicio se sigue contra los sucesores o herederos del presunto padre, la sentencia sólo afecta, para los mismos efectos, a las personas que intervinieron en el litigio, y nada tiene que ver en relación con quienes permanecieron ausentes del juicio. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....480, 2ª

— 175 —

FILIACION NATURAL

El ejercicio de la acción de filiación natural no conlleva necesariamente la acción

de petición de herencia, siendo entendido que el ejercicio de la acción de simple estado civil es procedente aún después de muerto el padre. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 482, 2ª

— 176 —

FIRMA DEL NOTARIO (Caso en que falta en la matriz de una escritura pública)

Véase "Escritura Pública"' en el número 144 de este índice.

— 177 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS

Del artículo 17 de la Constitución, no puede deducirse un derecho a permanecer el ciudadano en el servicio público. (Sala Plena. Abril 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2153. 3, 1ª

— 178 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS (El artículo 26 de la C. N. no toca con los procedimientos administrativos para separar del servicio a un funcionario)

No pueden equipararse los procedimientos administrativos para separar del servicio público a un funcionario, con los juicios en que se controvierten los derechos. Por eso, no toca con los primeros el artículo 26 de la Constitución que reglamenta las condiciones para que una persona sea vencida en juicio. (Sala Plena. Abril 19 de 1955 T. LXXX. Nº 2153). ..... 3, 1ª y 2ª

— G —

— 179 —

GOBERNADORES (No es óbice para que se constituyan parte civil en un proceso, la circunstancia de que el Fiscal haya sido nombrado por aquél)

De acuerdo con el artículo 123 del Código de Régimen Político y Municipal, los Gobernadores son los representantes jurídicos y Jefes Administrativos de los Departamentos; y al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, dichos funcionarios tienen, entre otras, la facultad de nombrar Fiscales interinos cuando, por causa de impedimento o recusación, sobreviene la falta de los respectivos titulares.

Verdad es que, en casos como el de autos, la autoridad política que —no a nombre propio sino del Departamento— se ha constituído parte civil en un proceso es la misma que hace la designación del Fiscal interino que ha de reemplazar al titular impedido, de donde resulta la aparente colisión de actividades que ha preocupado al doctor Castro; pero sobre el particular debe observarse que ello es consecuencia de mandatos legales no susceptibles de interpretación por su manifiesta claridad; que el apoderado de un Departamento constituído parte civil en un proceso representa EXCLUSIVAMENTE a la entidad de derecho público y no al Gobernador que confirió el respectivo poder, sin que sea posible imaginar ni legal, ni jurídica, ni moralmente, interés ninguno de carácter PERSONAL del funcionario administrativo en la secuela del juicio, y que muchísimo menos puede admitirse que, por esa circunstancia o razón, los Gobernadores se hallaran inhibidos para nombrar los Fiscales llamados a intervenir en las investigaciones, o ellos para desempeñar sus funciones, que no son

otras que las de llevar la representación de la sociedad, como personeros del Estado, en orden al ejercicio de la acción pública, procurando la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción; y que sería absurdo suponer que los nombramientos hechos por los Gobernadores con tal fin implicasen la menor restricción en el honesto y libre desempeño de tan elevada misión. La designación de un funcionario judicial o del Ministerio Público, en manera alguna desvirtúa la acción que la Constitución y la ley han puesto en manos del Estado, por medio de los diferentes órganos del Poder. (Casación Penal. Julio 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2155). . 775, 1ª y 2ª

— 180 —

GUARDADORES (Artículo 489 del C. C.)

Las formalidades exigidas por el artículo 489 y a que deben sujetarse los guardadores, no las estableció la ley por razón de la naturaleza del contrato de transacción, sino por el estado de incapacidad del que está bajo la guarda. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 696, 2ª

— H —

— 181 —

HERENCIA YACENTE. No son aplicables a la herencia yacente las disposiciones que regulan el trámite atinente a la citación de personas inciertas.

(Casación Civil. Abril 29 de 1955. T. LXXX Nº 2153). . . . . 102, ss.

— 182 —

HECHOS (Comprobados pero no alegados)

No es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda. (Casación Civil. - Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 329, 1ª

— 183 —

HIJOS NATURALES (Derechos hereditarios de los hijos que han obtenido la declaración judicial de la paternidad, muerto el padre antes de la vigencia de la ley 45 de 1936)

Aunque el padre haya muerto antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, los hijos que obtengan la declaración judicial de la paternidad natural tendrán derecho a participar en la sucesión de aquél si no hay descendencia legítima; porque la sentencia que decide un juicio sobre filiación natural es simplemente declarativa, conforme lo dispone expresamente el artículo 4º de la mencionada ley y porque su derecho hereditario existía en el momento de la defunción del causante conforme al artículo 1240 del Código Civil. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 73, 1ª

— 184 —

HIJOS NATURALES (Concurrencia de los hijos naturales con los legítimos en la herencia)

Obtenido el reconocimiento, sea voluntario por parte del padre o por medio de la justicia, el hijo adquiere todas las prerrogativas que le confiere la Ley 45 de 1936, pero respecto a la herencia del padre, sólo puede concurrir con hijos legítimos cuando el natural ha sido concebido después de la vigencia de la Ley 45, o sea después del 31

de mayo de 1936. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 481, 1ª

— 185 —

HIJOS NATURALES (Sucesión abierta con anterioridad a la vigencia de la Ley 45)

Cuando un hijo natural invoca después de la defunción del padre y contra los herederos de éste la disposición del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para obtener la declaración de filiación y como consecuencia la parte que le corresponda en la herencia, no vulnera ningún derecho perfecto de dichos herederos; se encuentra tal hijo en la misma situación del heredero que, en la oportunidad correspondiente, no recibió su parte en la herencia por hallarse en ese momento en imposibilidad de acreditar su vocación.

Por lo dicho, nada significa la circunstancia de que la sucesión del padre se haya abierto y liquidado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45, si sólo se trata de obtener el reconocimiento de una vocación sucesoral que existía en el momento de la defunción del causante. (Casación Civil. Abril. 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 78, 2ª

— 186 —

HIJOS NATURALES

La Ley 45 de 1936 acabó con la distinción que hacía la antigua legislación entre hijos naturales e ilegítimos y los de dañado y punible ayuntamiento. Ese estatuto legal se refiere a los hijos naturales, comprendiendo en la definición que trae el artículo 1º de la ley, a todos los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, y han sido reconocidos o declarados tales con arreglo a los preceptos de la misma ley; y respecto a la madre, cuando es soltera o viuda, tendrán esa calidad por el solo hecho del nacimiento. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 481, 1ª

— 187 —

HIPOTECA (El heredero sí puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados de la sucesión ilíquida)

Nota de la Relatoría. — La presente doctrina está contenida en sentencia de casación civil de fecha 18 de junio de 1954, publicada en la Gaceta Judicial número 2146, Tomo LXXVIII, pág. 537.

— 188 —

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL (Elementos)

El homicidio preterintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar; la muerte en el homicidio ultraintencional es un hecho que escapa a la voluntad del agente pues su deseo no es el de matar sino el de lesionar, causándo un daño en el cuerpo o en la salud. En otros términos, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar, y por la existencia de un dolo determinado en el sentido de lesionar.

Los elementos que tipifican esta modalidad dentro del homicidio, se hallan establecidos en el artículo 365 del Código Penal: propósito de causar una lesión personal; que el hecho sobrepase a la intención; relación de causalidad entre el resultado y los actos físicos ejecutados por el sujeto activo del delito; y falta de previsión en los efectos de la acción; por esto se ha dicho: que el homicidio preterintencional está integrado por un dolo determinado en cuanto a la

lesión y por la culpa en cuanto al resultado de la acción. (Casación Penal. Julio 8 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). . . 784, 1ª y 2ª

— 188 —

HURTO (Elementos)

El delito de hurto requiere los siguientes elementos:

a)—Apoderamiento de una cosa mueble; b)- Que sea ajena; c)—Que se coja sin el consentimiento del dueño y sin fuerza ni violencia; y d)—Que el agente proceda con ánimo de aprovecharse del objeto.

La palabra AJENA tiene aquí un doble significado, positivo y negativo, a la vez. Positivo, en cuanto la cosa debe pertenecer a una persona, aunque el incriminado ignore el nombre preciso del propietario. Negativo, en el sentido de que no debe ser PROPIA del infractor, ni hacer parte de aquellas que se denominan RES NULLIUS y RES DERELICTAE.

El consentimiento del dueño —que desnaturaliza el hurto— puede ser expreso o tácito. Expreso cuando se da en forma terminante o categórica. Tácito cuando el titular o poseedor de la cosa, pudiendo prohibir el apoderamiento de ella, no lo hace. A este respecto, puede bastar el mero silencio del propietario en aquellas situaciones en que el modo común de portarse, "impondría el deber de hablar". Pasividad que se explica por una especie de renuncia o transferencia espontánea del derecho, dado el carácter alienable de la propiedad. Las circunstancias especiales en que se dé el asentimiento tácito indicarán si el titular del derecho puesto en peligro tuvo o nó el propósito de despojarse del bien mueble objeto del ilícito.

La acción de hurtar es necesariamente dolosa —nunca por culpa—, puesto que apoderarse de la cosa no es sólo removerla del lugar donde se encuentra, sino quedarse con ella, ponerla bajo el poder y señorío del delincuente para sacar éste un provecho, en sentido general, sabiendo que no es suya. (Casación Penal. Junio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 796, 1ª

— 190 —

HURTO (Principio de la buena fe que excluye el dolo)

No existe el delito de hurto, cuando el sujeto se apodera de la cosa PROPIA, o de la que razonablemente cree que le pertenece, o de las res nullius y de la res derelictae. Tampoco la hay, si el infractor toma lo ajeno en la justa credulidad de que el dueño ha dado su consentimiento. En estos casos, tanto vale lo real como lo putativo en virtud del principio de la buena fe, que excluye el dolo. (Casación Penal. Junio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 796, 2ª

— 191 —

HURTO FAMELICO O NECESARIO

HURTO FAMELICO o HURTO NECESARIO llaman los autores al cometido para proveer a la propia subsistencia del autor o a la de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas. (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). . . . . 500, 1ª y 2ª

— [illegible] —

— 192 —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. No la hay porque en un juicio en que se solicitan declaraciones a favor de una socie-

dad conyugal disuelta e ilíquida o de una sucesión ilíquida, la persona que confiere el poder para que se intente la acción diga que lo hace en su propio nombre)

No hay indebida representación del demandante en juicio porque en uno en que se soliciten declaraciones a favor de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida o de una sucesión también ilíquida, la persona que confiere el poder para que se intente la acción diga que lo hace en su propio nombre. En efecto, como la sucesión ilíquida y la sociedad conyugal disuelta e ilíquida no son personas capaces de comparecer en juicio, ni los herederos, en el primer caso, ni el cónyuge supérstite o los herederos del cónyuge difunto, en el segundo caso, pueden decir que lo confieren para que actúe la sucesión o la sociedad conyugal. (Casación Civil. Abril 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 24, 2ª

— 193 —

IMPEDIMENTO (Cuál es "el concepto" que inhabilita al magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, conforme al artículo 4º de la ley 96 de 1936)

El "concepto" que inhabilita al magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, no es la opinión, el juicio emitido por él en la motivación de las sentencias firmadas por él, sino el rendido como jurisconsulto en el libre ejercicio de la profesión de abogado. (Sala Plena. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 9, 1ª

— 194 —

IMPEDIMENTO (Consistente en "haber manifestado el juez o Magistrado su opinión sobre el asunto materia del proceso")

La causal de impedimento prevista en el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento, en la parte que dice haber el Juez o Magistrado "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", se refiere a situaciones diferentes que pueden confrontarse en un momento dado en los negocios penales, así:

La primera, que la persona en su carácter de particular haya emitido concepto u opinión sobre el tema que se debate ante las autoridades judiciales, y que posteriormente le corresponda conocer de este mismo negocio en calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional, bien sea con el carácter de Juez o bien con el de Magistrado, caso en el cual sería pertinente la aplicación de la norma comentada; la segunda, que el Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones hubiera emitido concepto u opinión en providencia de fondo (auto de proceder o sentencia de primera instancia) y que posteriormente ese mismo funcionario al desempeñar un cargo de superior jerarquía dentro de la administración de justicia, tuviera que revisar por recurso de apelación o consulta la providencia que él dictara en el mismo proceso.

En este caso, la ley, para tutelar los derechos del procesado, y para garantizar la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia, acepta la causal de impedimento con base en lo dispuesto por el artículo 73 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, o sea el hecho de haber manifestado su concepto u opinión en el asunto materia del debate o del proceso. (Casación Penal. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154 . . . . . 515, 1ª y 2ª

— 195 —

IMPEDIMENTO (Improcedencia del manifestado por un juez)

Ni por el aspecto de la causal 7ª, ni por el de la causal 4ª del artículo 73 del Código

de Procedimiento Penal, el impedimento manifestado por el doctor Porras es pertinente alegarlo en el presente negocio. Lo primero, porque no se trata de revisar una providencia que él mismo hubiera dictado en materia penal, que sería el motivo invocado según puede colegirse de las razones expuestas en la providencia que se deja transcrita; lo segundo, que probablemente sería lo más pertinente, es el de "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", por cuanto afirma que lo expresado en la sentencia dictada en el juicio de separación de bienes "incide primordialmente sobre los hechos que fueron materia de la presente denuncia"; pero resulta que el automóvil objeto del secuestro y posteriormente de la venta, según lo afirma el Juzgado Superior en auto de siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, "no pertenece al demandado y por lo tanto no entra en la separación de bienes decretada por el Juzgado". (Casación Penal. Mayo 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 617, 1ª

— 196 —

IMPUESTOS

La iniciativa de imponer los tributos provenga o no del legislador, nada arguye en favor o en contra de la ley que los crea. (Sala Plena. Junio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 280, 2ª

— 197 —

IMPUESTOS (Atribución del Congreso de imponer tributos)

Aunque en las atribuciones del Congreso enumeradas por el artículo 76 de la Carta, no se encuentra la de imponer tributos, se infiere que aquella facultad reside en el Congreso del contexto de los artículos 43 de la Carta que así claramente lo expresa, 191 y 197, en cuya virtud las Asambleas Departamentales y los Concejos pueden establecer contribuciones DE CONFORMIDAD CON LA LEY. y 80, según el cual "las leyes sobre contribuciones... deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes", como una de las excepciones al principio general consagrado en el artículo 79. (Sala Plena. Junio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 281, 1ª

— 198 —

IMPUESTOS (Decreto 656 de 1953; exequibilidad de los artículos acusados de este decreto)

No puede afirmarse que los artículos acusados del Decreto 656 de 1953 contengan una verdadera delegación de facultades presidenciales por más que el texto se valga del vocablo AUTORIZAR, cuando dice en el artículo 10º que se AUTORIZA al Gobernador del Departamento del Atlántico y en el artículo 11 que se AUTORIZA al Alcalde de la ciudad de Barranquilla, etc. porque esas disposiciones señalan plenamente el objeto del impuesto decretado, su cuantía y límites autorizando tan solo a dichos funcionarios para recaudar el producto de las atribuciones cuya destinación no puede variarse, o sea atender a las erogaciones que implica la construcción del hospital de Barranquilla. (Sala Plena. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 641, 2º

— 199 —

IMPUESTOS (Decretados durante el estado de sitio)

Es doctrina aceptada la de que la recaudación de impuestos que se decreten como efecto de medidas extraordinarias tomadas dentro del estado de sitio, no está en las mismas condiciones de aquellas otras que se toman en tiempos normales. De no ser

así, es decir, si los decretos sobre impuestos que puede dictar el Gobierno dentro del Estado de sitio, no entraran a regir inmediatamente, se frustraría uno de los medios que la propia Constitución ha previsto para el restablecimiento del orden. (Sala Plena. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 642, 2ª

— 200 —

IMPUESTOS (Atribución de los Concejos para votar contribuciones)

La atribución dada a los Concejos para votar, con sujeción a la ley, "las contribuciones y gastos legales", necesariamente ha de ejercerse, como la que tienen las Asamblea respecto de los Departamentos, de acuerdo con las necesidades, condiciones sociales y recursos fiscales de cada lugar. (Sala Plena. Junio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 281, 1ª

— 201 —

IMPUESTOS (La facultad del legislador de imponer contribuciones no ofrece relación con el artículo 32 de la C. N.)

El intervencionismo de Estado consagrado en el artículo 32 de la Constitución Nacional para "racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, no ofrece relación ninguna con la facultad constitucional del legislador para imponer contribuciones. (Sala Plena. Junio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 280, 2ª

— 202 —

INCIDENTES (En incidentes, como el de nulidad, no puede resolverse el punto relativo a la interpretación de la demanda)

No se puede resolver en incidentes como el de nulidad, el punto relativo a la interpretación de la demanda en forma que obligue al sentenciador en la instancia, pues ese punto debe ser precisamente la materia de la sentencia que ponga fin al recurso de apelación que esté para la decisión de la Sala de Negocios Generales.

Igual cosa puede decirse con respecto a la ilegitimidad de la personería de los demandantes, pues lo que se pretende ahora es debatir el aspecto sustantivo de la representación de la herencia, por quienes se dicen herederos, que es precisamente la cuestión que en primer lugar debe estudiarse en el fallo de instancia para saber si los actores tienen o no interés jurídico en obtener las declaraciones que se solicitan en la demanda. (Sala de Negocios Generales. Septiembre 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2155. 880, 1ª

— 203 —

INCIDENTE (Cuestiones que no deben decidirse en éste)

No es jurídicamente posible decidir en un incidente, adversa o favorablemente, cuestiones que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primer grado. (Sala de Negocios Generales. Septiembre 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 880, 2ª

— 204 —

INDICIOS (Apreciación de éstos por el Tribunal de instancia)

Cuando el sentenciador fundamenta su

fallo en la apreciación de hechos probados para llegar a la conclusión de que esos hechos demuestran la existencia del hecho que se investiga, es decir, cuando examina la prueba indiciaria, y llega a concluír que los indicios examinados reúnen las condiciones de gravedad, precisión y conexidad, es soberano en la apreciación de tales indicios, y la Corte no puede entrar a desvirtuar esa convicción del sentenciador. Solamente cuando se incurre por el Tribunal de instancia en evidentes y claros errores en la apreciación de los hechos indicadores, como cuando da por probada la existencia de un hecho, sin estarlo, procede el recurso de casación por haber el Tribunal incurrido en una apreciación del hecho evidentemente falsa. (Casación Civil. Mayo 11 de 1955. T. LXXX Nº 2154). 316, 2ª

— 205 —

INDICIOS

La apreciación de indicios es de la soberanía del Tribunal de instancia, sin que en la casación pueda rectificarse el criterio con que en la sentencia recurrida se haya estimado esa prueba. (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 734 2ª

— 206 —

INDICIOS (Apreciación del Tribunal de esta prueba)

En casación debe respetarse la soberanía de los Tribunales cuando fallan manejando la prueba de indicios, pero únicamente cuando los Tribunales califican las inferencias como graves, precisas y conexas, porque este campo de la actividad mental del juzgador no puede ser invadido por la Corte.

Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador o básico no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretende demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base falsa, no puede llevarlo racionalmente a concluír que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. (Casación Civil. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). . 296, 1ª

— 207 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES. — EFECTOS

Véase "Efectos de la decisión de inexequibilidad de las leyes" en los números 126 y 127 de este índice.

— 208 —

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN UN JUICIO CIVIL

La acción civil puede proponerse, independientemente del proceso penal, ante el juez en lo civil, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 11 y 25 del código de procedimiento penal. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 715, 2ª,

— 209 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN UN JUICIO CIVIL

(No siempre la resolución del juez en lo penal influye en la que corresponda dictar al juez en lo civil)

No siempre la resolución del juez en lo penal influye en la que corresponda dictar al juez en lo civil, puesto que conforme al

artículo 28 del código de procedimiento penal, la acción civil sólo se extingue cuando en el proceso penal se ha declarado, por providencia ejecutoriada: que el hecho no se realizó; que, de haberse realizado, no lo cometió el sindicado; y que éste, en caso de haberlo cometido, obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 715, 2ª

— 210 —

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN UN JUICIO CIVIL (Aplicación del artículo 11 del C. de P. P.)

Se confirma la doctrina conforme a la cual la suspensión de que trata el artículo 11 del código de procedimiento penal no debe ordenarse por el solo hecho de que exista un proceso penal, sino únicamente cuando el juez en lo civil encuentre que el fallo que haya de dictarse en dicho proceso pudiere influir en la solución de la controversia civil. (Casación Civil Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) . . . . . 716, 1ª y 2ª

— 211 —

INICIACION DE LA INVESTIGACION PENAL (Para que la investigación se abra preciso es que el hecho denunciado aparezca al conocimiento del Juez como infracción penal, o como tal pueda reputarse)

Para que la investigación se abra por el juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

Es obvio, desde luego, que no se trata de aquél CONOCIMIENTO que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se le abrirían a la impunidad innumerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama INTUITIVO cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, "se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios por visión directa del espíritu", por contraposición al denominado DISCURSIVO con que "se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado"; de aquella acción y efecto de CONOCER, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que "percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él", según la acepción del Diccionario de la Lengua Española. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX Nº 2153). 131, 1ª

— 212 —

INSTIGACION PARA DELINQUIR

El delito "instigación para delinquir" puede realizarse de manera pública o en forma privada; el primero, se halla sancionado por el artículo 209 y el segundo, por la norma del artículo 211 del Código Penal. En ambos casos se trata de un delito formal, independiente de la ejecución material del mismo, porque, en ese supuesto —el de la ejecución— implicaría un fenómeno de coparticipación criminal que se gobierna por los artículos 19 y 20 de la Ley Sustantiva, con prescindencia absoluta de los artículos 209 y 211.

En la instigación para delinquir, el sujeto activo del delito, incita de manera pública o privada la voluntad de otra persona para persuadirla, para convencerla, para proponerle la realización de un hecho determinado. No es la propuesta o inducción a cometer un hecho indeterminado lo que sanciona la ley como delito, es, por una parte, la incitación voluntaria, la persuasión psicológica con la cual se impele a otro pa-

ra realizar un hecho, y por otra, la determinación de la voluntad para cometer un delito específico, los derechos que tutela la ley, su violación, por consecuencia, la considera como objeto de sanciones penales. (Casación Penal. Mayo 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 508, 2ª

— 213 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS

A quien suscribe el instrumento, no siendo ni el Notario ni uno de los testigos, ha de tenérsele por otorgante, ya que dicho acto se ejecuta ante el Notario, quien no lo autoriza si el que firma no es otorgante. Por esto el artículo 1759 del C. C. establece que el instrumento hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado. Lo cual no es óbice para impugnarlo conforme a los principios generales.

Y no es vacío que anule o demerite el instrumento, la circunstancia de no figurar en la introducción como exponente, si son conocidos el notario, los otorgantes, aceptantes y testigos y son suyas las firmas, según lo preceptúa el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, que suavisa el rigor del artículo 2595 del C. C. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 356, 1ª

— J —

— 214 —

JURISDICCIONES (Materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria)

Atendiendo al origen histórico de las jurisdicciones especiales, se ve que ellas han sido organizadas por el constituyente, desprendiendo sus funciones, a título de distribución de trabajo especializado, de la masa o conjunto general que venía atribuida a la justicia ordinaria. Como su nombre lo indica, las jurisdicciones especiales han sido erigidas para ciertas materias específicas, pues si no se entendiera así debería llegarse a la conclusión de que el Constituyente habría autorizado la creación de jurisdicciones especiales no especializadas, lo cual sería un verdadero contrasentido. La Constitución, se ha dicho, es la norma que organiza, no el principio que anarquiza.

Y debe observarse, en primer lugar, que así en la teoría jurídica general como en la que directamente se desprende de la Constitución Colombiana, se destacan nítidamente, con perfiles definidos, las materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria; prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinario tiene el poder jurídico de ejercer su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado: la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está sometida la actividad del Estado, la actividad de la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones de trabajo y sólo a ellas. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 255, 1ª

— 215 —

JURISDICCIONES (Atribuciones constitucionales y legales de la jurisdicción ordinaria y de las especiales)

Tal como rige la Constitución después de las reformas que le han sido introducidas hasta hoy, puede decirse que, excepto las atribuciones indicadas en los artículos 90, 122, 141, 151, 212, 214 y 216, las demás

funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y de la Especial del Trabajo, de las Cortes Marciales o Tribunales Militares y demás Tribunales y Juzgados, deben serles señaladas por la ley como se desprende del contexto de los artículos 137, 141, ordinal 4º, 151, ordinal 4º, 152, 154, 164 y 170. Los artículos 192 y 193 atribuyen especialmente a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la facultad de anular o suspender los actos de la administración, las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 253, 2ª

— 216 —

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (No todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo)

No todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirva para distinguir, entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso y aquellos que deben atribuírse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regían el acto cumplido por la administración; otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la ORGANIZACION y al FUNCIONAMIENTO de los servicios públicos deben ser, en principio, de la competencia del juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponde los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos servicios públicos.

En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el solo hecho de serlo, deba caer bajo la jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 255, 2ª

— 217 —

JUSTICIA DEL TRABAJO (Para que el procedimiento laboral absorba la acción indemnizatoria de derecho civil es necesario que el origen del daño haya sido una relación de trabajo entre el patrono obligado y el trabajador víctima, no sólo del accidente sino de la culpa de aquél)

Quiso el legislador unificar los procedimientos para el ejercicio de las acciones de todos los perjuicios que debe reparar el patrono, así sean los que reglamenta en su extensión y contenido la legislación laboral, o los que se hallan sometidos a las reglas del derecho común. Pero para que el procedimiento laboral absorba o atraiga la acción indemnizatoria de derecho civil es lógicamente necesario que el origen del daño haya sido una relación de trabajo entre el patrono obligado y el trabajador víctima, no sólo del accidente sino de la culpa de aquél.

La extensión de una y otra indemnización varía no sólo en su cuantía misma, sino en las modalidades de riesgo, culpa y régimen de prescripción: las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años (artículo 151, Decreto 2158 de 1948); las provenientes de culpa comprobada del patrono (inciso 5º, ordinal 6º, artículo 12, ley 6ª de 1945), prescriben según

las reglas del C. C. (Sala de Negocios Generales. Junio 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). . . . . 873, 1ª y 2ª

— 218 —

JUSTICIA DEL TRABAJO (Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de controversias sobre indemnización de perjuicios en que median relaciones constitutivas de contrato de trabajo)

Reitérase lo dicho por la Sala en fallo de 8 de junio (G. J. número 2149, pág. 371), sobre la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias seguidas contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sobre indemnización de perjuicios, cuando en el momento de ocurrir el accidente que fue causa de ellos mediaban entre la dicha entidad y la víctima relaciones que constituían contrato de trabajo. (Sala de Negocios Generales. Julio 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 872, 2ª y 873, 2ª

— L —

— 219 —

LEGITIMA DEFENSA (Requisito para que se configure como causal de justificación ante la ley. - Prueba testimonial)

Para que el fenómeno de la legítima defensa tenga configuración jurídica como causa de justificación ante la ley, debe reunir estos requisitos: Violencia: ataque o agresión contra intereses jurídicamente protegidos por el Estado en relación con la persona que se defiende o de otra a quien se trata de proteger, la violencia presupone un daño o un peligro que conlleva la probabilidad de un resultado nocivo; que sea ACTUAL, es decir, que el daño o acto violento sea inminente, casi de producción simultánea entre el ataque y la defensa. En estos casos, la actualidad del daño se confunde con el presente de la defensa, pues ambos términos —daño y defensa— hacen referencia al momento o instante en que ellos se producen "pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando el peligro ha cesado es supérflua" (Cuello Calón); que sea INJUSTA, es decir, sin derecho respecto del agresor quien sin fundamento jurídico para ello comete la violencia, caso contrario no puede hablarse de legítima defensa. La agresión tiene que ser un acto contrario al derecho que conlleve la idea de lo no justo para deducir la injusticia del acto que atenta contra el derecho de la persona ofendida; que sea PROPORCIONADA A LA AGRESION; la proporcionalidad de la defensa implica el concepto de que sea necesaria en el sentido de la inexistencia de otros medios ilícitos ya para anular, repeler, evitar o rehuir la agresión que se ejercita contra derecho, acto-agresión contra derecho que concreta la necesidad de la defensa ante la inminencia del peligro.

No es posible edificar la legítima defensa sobre prueba testimonial cuando los testigos discrepan en puntos fundamentales atinentes a los hechos, y, por otra parte, no determinan concretamente la persona del agresor ni la forma como se desarrollaron los acontecimientos, ni las personas que en ellos intervinieron. Todo ello hace suponer que los declarantes no dicen la verdad, circunstancias éstas, por las cuales no se consideran sus testimonios como prueba para justificar la legítima defensa; en consecuencia, deben rechazarse. (Casación Penal. Junio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 546, 2ª y 548, 1ª

— 220 —

LEYES CONSTITUCIONALES. — NORMAS QUE RIGEN EN TODO TIEMPO

Véase "Estado de sitio" en el Nº 149 de este índice.

— 221 —

LEYES SUSPENDIDAS

La Corte se abstiene de decidir sobre la demanda de inexequibilidad de los arts. 7º y 122 de la Ley 3ª de 1945 sobre Código de Justicia Penal Militar, por estar suspendidas dichas normas por el Decreto Legislativo 1125 de 1950. (Sala Plena. Junio 24 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). .. 282, 1ª y 2ª

— 222 —

LEY EXTRANJERA (La carga de la prueba de la ley extranjera incumbe a quien alega su vigencia o existencia como fundamento de su derecho)

De acuerdo con el sistema consagrado en la norma del artículo 659 del C. J., la ley extranjera aplicable en Colombia, se debe acreditar como HECHO, en cada caso, ante los tribunales colombianos, por los medios legales allí establecidos. De consiguiente, la carga de la prueba de la ley extranjera incumbe a quien alega su vigencia o existencia como fundamento de su derecho, o sea, a quien de tal ley derive una acción o una excepción. Y como es obvio, el tribunal no puede decretar oficiosamente la práctica de tal prueba, y si no se acredita la vigencia o existencia de la ley extranjera por quien la invoca en su favor, el juez no puede aplicarla por sus investigaciones y conocimientos personales. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 464, 2ª y 465, 1ª

— 223 —

LEY EXTRANJERA (Prueba de la ley)

Relacionando el artículo 659 del C. J. con el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, resulta que si la prueba de la ley extranjera consiste en COPIA DEBIDAMENTE AUTENTICADA DE LA RESPECTIVA LEY, constituyendo la copia o certificación correspondiente un instrumento público extendido en país extranjero para hacer uso de él en Colombia, el documento debe expedirse por funcionario competente del lugar de origen y con las formalidades legales allí prescritas. Al hallarse autenticada la copia o certificación por el respectivo agente consular o diplomático colombiano, o por el de una nación amiga, se presumirá (presunción JURIS TANTUM) que el documento se ha otorgado de conformidad con las leyes del lugar de su expedición LOCUS REGIT ACTUM. (Casación Civil. Julio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 465, 1ª

— 224 —

LEY PROCESAL. - SU APLICACION EN EL TIEMPO (Aplicación de la ley antigua cuando al expedirse la nueva regla procedimental ya se había dictado providencia de 1ª instancia)

La Corte ha expresado: "que si cuando se expide la nueva regla procedimental ya se había dictado una providencia de primera instancia en el fondo del asunto, el juicio se sigue conforme a la ley vigente cuando el delito se cometió y ante los jueces establecidos entonces para su juzgamiento". (Auto de 18 de enero de 1955). (Casación Penal. Julio 29 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 837, 2º

— M —

— 225 —

MANDATO JUDICIAL. - APODERADOS
(Por el hecho de que una persona acredite legalmente como apoderado suyo en determinado negocio judicial, a un abogado en ejercicio, y de que éste acepte el poder conferido, se entiende perfeccionado un contrato de mandato)

Por el hecho de que una persona acredite legalmente como apoderado suyo en determinado negocio judicial, a un abogado en ejercicio, y de que éste acepte ante el juez respectivo el poder conferido, se entiende perfeccionado un contrato de mandato: el interesado confía al abogado su representación dentro del negocio en cuestión, y el profesional toma a su cargo la defensa de los intereses de su cliente obligándose a ejecutar los actos adecuados a tal objeto. En la doctrina y la jurisprudencia se acepta que el abogado tiene en tales casos los derechos y obligaciones de un verdadero mandatario. Y esta solución coincide cabalmente con las normas sustantivas que definen y reglamentan el mandato (C. C., artículos 2142, 2144, 2146, 2150). El mandato judicial "se rige especial y preferentemente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el capítulo II, título IV, del Libro II, bajo el epígrafe "apoderados", sobre su celebración y forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido a la normación general del mandato". (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 675). (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).

653, 1ª

— 226 —

MANDATO JUDICIAL. - APODERADOS
(Terminación del mandato)

En general todo mandato termina por las mismas causas que los demás contratos. Pero considerándose que él se celebra siempre INTUITU PERSONAE, termina además, por voluntad unilateral o por muerte de una u otra de las partes. El mandato judicial termina en los mismos casos señalados en el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales previstas en el C. J. Según el num. 4º de la norma citada, el mandato termina por la renuncia del mandatario. Pero para que ésta ponga fin al contrato, "es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el art. 2193 de la misma obra, no tienen fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia causa al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. J." (Casación, marzo 17 de 1945, LVIII, 674). Conforme al num. 3º del mismo artículo 2189, el mandato termina "por la revocación del mandante". Y según el art. 2191, "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio". "La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a otra persona" (artículo 2190). Y en materia de mandato judicial, se establece que "con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior, a menos que sea para otra instancia o para recurso o acciones determinadas" (C. J., art. 266). El mandato judicial termina

"por el desempeño del encargo para que fue constituído" (C. C., art. 2189, num. 1º). (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). ..... 653, 1º y 2º

— 227 —

MANDATO - REVOCACION (El solo registro de la escritura sobre revocación de un mandato no implica el reconocimiento positivo de esa revocación por el mandatario y por terceros)

En concepto de la Corte el solo registro de la escritura sobre revocación de un mandato no implica el reconocimiento positivo de esa revocación por el mandatario y por terceros, a que se refiere el art. 2191 del Código Civil. Es verdad que el registro tiene entre otros objetos dar publicidad a los actos que se llevan allí, pero eso no equivale en casos como el presente al conocimiento real, efectivo, como tiene que ser, el que se prevé y considera en el precitado artículo, porque de lo contrario el código habría hecho la salvedad en cuanto a los poderes otorgados y revocados por escrituras públicas, y el texto del artículo 2199, particularmente en su último inciso, da a entender otra cosa, establece un medio más práctico y de eficacia positiva para dar a conocer la expiración del mandato. (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) . . 737, 1ª

— 228 —

MANDATO. - ABUSO DEL DERECHO (En la revocación de un mandato)

La doctrina y la jurisprudencia admiten que auncuando no exista en la ley positiva ninguna disposición que restrinja el derecho de revocación del mandante, este derecho no es absoluto sino relativo, y no puede ejercitarse abusivamente con perjuicio del mandatario que ha cumplido honrada y lealmente sus obligaciones. Se contempla entonces un caso de ABUSO DEL DERECHO, al cual se le aplican las reglas que estructuran esta figura jurídica. La Corte en fallo pronunciado hace más de medio siglo, dio el primer paso decisivo en la consagración de la doctrina del abuso de los derechos contractuales, respecto de la facultad de revocación del mandante. "La revocación del mandato —dice— es un derecho que interesa a la sociedad, porque es de utilidad pública poder prevenir el dolo, y es por eso por lo que la condonación del dolo futuro no vale; y siendo así, no podrá renunciarse ese derecho por convenios particulares, como lo previene el artículo 16 del C. C. Pero si eso es cierto, también lo es que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios al mandatario" (Casación, mayo 20 de 1899, XV, 8). En este fallo se establece claramente: 1º Que el derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifica y por el derecho ajeno; 2º Que ese derecho de revocación debe ejercitarse por motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario; 3º Que la revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia. (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 653, 2ª y 656, 2º

— 229 —

MANDATO JUDICIAL. - ABUSO DEL DERECHO (Revocación del mandato hecha en forma intempestiva o sin motivo legítimo)

La revocación de un mandato judicial, he-

cha en forma intempestiva o sin motivo legítimo por parte del mandante, constituye un abuso del derecho que puede dar lugar a acción indemnizatoria de los perjuicios materiales y morales sufridos por el mandatario. En tal caso el mandante incurre en responsabilidad por culpa aquiliana en razón del abuso del derecho de revocación: el abuso puede consistir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, cuando se procede movido por la intención de dañar (ANIMUS NOCENDI) hasta la simple negligencia o imprudencia, no intencionadas, por la falta de precauciones para no causar daño al mandatario removido. (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 658, 2ª

— 230 —

MILITARES EN SERVICIO (Facultad del Presidente de la República para retirarlos del servicio durante el estado de sitio)

Siendo los militares en servicio los agentes del Estado a quienes toca llevar las armas cuyo empleo incide de modo directo en la guarda del orden, ha de admitirse que el Presidente de la República, responsable de ella, debe tener una libre determinación sobre la permanencia de tales agentes en el servicio activo de las Fuerzas Militares. (Sala Plena. Abril 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 5, 2ª

— 231 —

MULTA DE ARREPENTIMIENTO O PENITENCIAL

Dentro de los principios que consagran la autonomía de la voluntad en el campo contractual, la doctrina acepta la validez de la estipulación por medio de la cual se autoriza a una de las partes para desistir del contrato mediante el pago de una multa previamente convenida, sin que la otra parte tenga derecho de insistir en la ejecución del contrato o de exigir cualquier otra cosa a título de indemnización de perjuicios. Aunque la multa de arrepentimiento guarda similitud con la cláusula penal, ésta en principio no autoriza al deudor para retractarse del contrato. Por medio de la cláusula penal se pacta una indemnización alzada que no priva al acreedor de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato. La multa de arrepentimiento o penitencial puede consistir o en un simple compromiso de pago, o en una prestación real y efectiva que una parte hace a otra en el momento del contrato. En este último caso se contempla una especie d ePRENDA que los autores bautizan con el nombre de PRENDA PENITENCIAL. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). . . . . 413, 1ª y 2ª

— N —

— 232 —

NULIDADES (En los procesos penales)

No todas las informalidades en que se incurra en los procesos penales dan lugar a declararlos inválidos. Porque las nulidades están enumeradas en los artículos 198 y 199 del código respectivo, lo cual significa, en primer lugar, que son formales, y, en segundo lugar, que son taxativas. Desde luego existen —y así lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte— otras llamadas constitucionales, cuyo reconocimiento está limitado a casos en que ciertamente se hayan quebrantado las garantías que consagra la Carta Fundamental. (Casación Penal. Julio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) . 841, 2ª

— 233 —

NULIDADES (Un juicio que es nulo y sin ningún valor para uno de los reos debe serlo para los otros, tratándose del mismo delito, realizado en concurso recíproco)

"No sería lógico ni conforme con el prin-

cipio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los "acusados de la imputación común". (Véase, entre otras, la sentencia de fecha 4 de julio de 1941. Gaceta números 1973, 1974, página 648). (Casación Penal Junio 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 533, 1ª

— 234 —

NULIDAD (Por mala representación de una de las partes en el juicio, no puede ser alegada sino por quien ha sido mal representado)

La nulidad por mala representación de una de las partes en el juicio, no puede ser alegada sino por quien ha sido mal representado y no por la contraparte, ya que la causal a que alude el artículo 448 en su ordinal 2º se ha constituído precisamente a favor de la parte mal representada, para que sean protegidos los fueros de su defensa. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). . . . . 54, 1ª y 2ª

— 235 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Véase "Cuestionarios" en los números 103 y 104 de este índice.

— O —

— 236 —

OBLIGACIONES NATURALES (Son obligaciones imperfectas)

Las obligaciones naturales autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas, cuando el pago se ha hecho voluntariamente por quien tenía la libre administración de sus bienes. Tales obligaciones son imperfectas porque no confieren derecho al acreedor para exigir su cumplimiento ante los jueces. La obligación natural, como la civil, es un vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad de satisfacer la prestación que constituye su objeto y que al cumplirse autoriza al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en virtud de ella: no confiere acción al acreedor pero sí concede a éste excepción para oponerse a la demanda de restitución que promueve el deudor que pagó. La solución o pago efectivo de una obligación natural es exclusivamente voluntaria y si tal pago reúne los requisitos legales no puede ser repetido por el deudor (C. C., artículos 1527, 2312, y 2315). Las obligaciones naturales, en el concepto de nuestra ley no son simples deberes morales que obligan en el fuero de la conciencia y del honor del individuo. Son algo más. Son obligaciones imperfectas, o porque así nacieron o porque perdieron su eficacia como obligaciones civiles. En el caso del ord. 3º del art. 1527 del C. C. se trata de obligaciones naturales resultantes de actos que reuniendo todas las condiciones requeridas para su validez intrínseca, no han sido revestidos de las formas externas prescritas por la ley para su eficacia. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). . . . . 415, 1ª y 2ª 416, 1ª

— 237 —

OCUPACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR VIAS DE HECHO, CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS (Inconstitucionalidad del artículo 269 del Código de lo Contencioso Administrativo. - Cuando la ejecución de obras de interés público o social requiera su aplicación a ellas de inmuebles de propiedad particular es indispensable que preceda la expropiación)

La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produzca como resultado su anexión al patrimonio público "desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño", es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de guerra, la propiedad inmueble "sólo puede ser temporalmente ocupada" y cuando por motivos de utilidad pública o de interés social "definidos por el legislador", ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

Excepcionalmente, en caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupación de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto en el Estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan sólo permite que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiera la aplicación a ellas de inmuebles de propiedad particular es indispensable que preceda la expropiación. El artículo 269 (Ley 167 de 1941) consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, "otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio" como secuela de una toma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso-administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 256, 2ª

— 238 —

OCUPACION DE HECHO

(Véase "expropiación indirecta" en el número 154 de este índice.

— P —

— 239 —

PARTICION (No es necesario inscribir en el libro número 1º la sentencia aprobatoria de la partición en juicio de sucesión)

Ni en el Código Civil ni en el Código Judicial ni en ley alguna se ordena la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición en el Libro número 1º, y tal inscripción no se exige, porque precisamente el registro de los actos que tienen origen en un juicio de sucesión en el Libro de Causas Mortuorias, reemplaza la inscripción en el Libro número 1º, en lo tocante a la traslación del dominio de los inmuebles de la herencia. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 51, 2ª

— 240 —

PARTICION

No se puede aceptar el que una partición haya sido objetada EN SU TOTALIDAD, para poder deducir o aceptar la formulación de cargos no comprendidos en las objeciones cuya formulación debe ser precisa, concre-

ta y específica. (Casación Civil. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 671, 2ª

— 241 —

PARTICION

Pasada sin reparo la oportunidad del traslado de la partición, o rehecha la cuenta como secuela del correspondiente decreto judicial, termina dentro del proceso la posibilidad jurídica de que se presenten nuevas objeciones, y para el Juez se abre el campo de apreciación que le permite decidir en su prudente arbitrio si la nueva cuenta se encuentra o no de acuerdo con el proveído que halló fundamento plausible a las impugnaciones propuestas. Sus poderes discrecionales se respetan en casación, de manera que rara vez cabe sustentar la causal 1ª, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercer grado en el proceso. El debate al respecto queda cerrado definitivamente en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador.

No debe olvidarse, en verdad, que sin embargo de que la cuenta final en el proceso quede aprobada, están naturalmente a salvo por la vía que corresponda, las reglas sustantivas que equiparan la partición de bienes a los contratos, principalmente en cuanto atañe a su anulabilidad, del propio modo que en lo que respecta al saneamiento por molestias en la posesión o cuando alguno de los adjudicatarios sea evicto, aparte de los otros recursos que le competen para ser indemnizado. Pero ni aún la omisión involuntaria de algunos objetos es motivo para rescindir la cuenta hecha, sino que se dividen después entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos. (Casación Civil. Abril 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 41, 2ª

— 242 —

PARTICION

Tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron que en el nuevo trabajo de partición se habían cumplido en lo posible las instrucciones contenidas en sus propias anteriores providencias, y en tal apreciación no aparece ostentiblemente que se hubiera incurrido en arbitrariedad por parte del sentenciador, que diera base a la Corte para enmendar en casación lo resuelto en instancia. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 50, 2ª

— 243 —

PARTICION (En las particiones judiciales adelantadas según los artículos 1379 y 1383 del C. C., el partidor no necesita de la aprobación judicial para llevar a efecto las reglas contenidas en el artículo 1394 ibidem)

En las particiones judiciales adelantadas según los artículos 1379 y 1383 del Código Civil, aunque haya menores u otras personas sin la libre administración de sus bienes, no es necesaria al partidor la aprobación judicial para llevar a efecto las reglas contenidas en el artículo 1394 ibidem, ya que además casi todas ellas se limitan a señalar orientaciones para que los partidores, jueces y los propios interesados procuren la solución satisfactoria de las diversas dificultades de orden práctico que suelen presentarse cuando se trata de liquidar el régimen de comunidad, así sea universal o singular. (Casación Civil. Abril 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). . . . . 41, 2ª y 42, 1ª

— 244 —

PARTICION (Interés jurídico de los legatarios en la partición de bienes)

Es por todo concepto jurídico y natural

que en la liquidación de la mortuoria se provea al pago de las asignaciones a título singular. Pero aunque los legatarios no ejerciten el derecho de provocar la partición de bienes, o en este acto no se incluyan sus asignaciones, o si para cubrirlas se destinan cosas diferentes de las que son el objeto propio de los legados, o de alguna manera se les omite, en nada, por esas causas y otras semejantes, va a demeritarse el título de su derecho, que se encuentra en el testamento y no en la partición de bienes hecha sin su aquiescencia. Por lo que tampoco aparece el fundamento legítimo de los legatarios para impugnar la partición de bienes cuando concretamente no alcanza a vulnerar sus derechos por no haber tomado ingerencia como partes de ese negocio jurídico. (Casación Civil. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). ..... 424, 2ª y 425, 1ª

— 245 —

PECULADO

En el delito de peculado lo indebido no está en que el objeto se tome para sí sino en utilizarlo para lo que no estaba previsto ni ordenado. (Casación Penal. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 790, 2ª

— 246 —

PECULADO (Elementos)

El delito de peculado exige la concurrencia de dos elementos: 1º Que el infractor sea un funcionario público; y 2º, que a los efectos o caudales que administre les dé una aplicación diferente de aquella a que están destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos. Y como administrar equivale a cuidar, no hay duda alguna de que el Juez que le dá a aquello que está oficialmente bajo su custodia una inversión distinta de la señalada, incurre en el delito de peculado, llamado así en razón de su etimología (pecus: ganado, en lo que consistían los bienes del Estado primitivo), y conocido en el anterior Código Penal bajo diferentes denominaciones (malversación, extravío, usurpación de caudales de la hacienda pública, ora nacional, ya departamental o municipal). (Casación Penal. Mayo 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 499, 2ª

— 247 —

PECULADO

Un juicio de cuentas, aún sin alcance, no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido, por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administre. (Casación Penal. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). . . 791, 1ª

— 248 —

PECULADO (Cometido por un "estanquero" al prestar el dinero recaudado)

El oficio de un recaudador —estanquero— es el de vender los licores y especies que se le confían con ese fin, y tener en caja los valores respectivos o los documentos que la acrediten o representen. El dar en préstamo esos dineros, con propósitos de especulación o simplemente para hacer un servicio gratuito, es función impropia y, por lo mismo, indebida de tales empleados. Y como está demostrado que el procesado le giró a su cuñado un cheque por la suma de $ 7.500.00 y que esta cantidad hacía parte de los fondos oficiales que recaudaba, es innegable que incurrió en el delito de peculado. Que no resultara perjuicio alguno y que la cantidad fuera entregada en calidad de préstamo o a otro título que implicara la obligación de devolverla, son circunstancias que no modifican el hecho ni le disminuyen o restan su condición de delictuoso. (Casación Penal. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). . . . . 790, 2ª y 791, 1ª

— 249 —

PERITAZGO

La prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo. No es un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones. (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 740, 2ª y 741, 1ª

— 250 —

PERITAZGO (Esta prueba no es fatalmente obligatoria para el juez)

La prueba pericial sirve como orientación para el juzgador, quien tiene la más amplia libertad en cuanto a la apreciación de esa prueba, pues ella nunca es fatalmente obligatoria para el juez, porque esto equivaldría a que los peritos administraran justicia, cosa absolutamente inaceptable. (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX Nº 2155). 712, 2ª

— 251 —

PERITAZGO

Una cosa es que un dictamen aparezca debidamente fundamentado y explicado, y otra distinta que las razones del dictamen, a su vez, tengan la debida prueba en el proceso, pues lo primero es indispensable mas no lo segundo. El Juez es quien debe apreciar si el dictamen aparece debidamente fundamentado, pero los "conocimientos o prácticas especiales" que se requieren en los peritos no es necesario que estén acreditados de manera plena o completa, sino apenas que de los conocimientos generales o de los datos procesales aparezcan ante los ojos del juzgador como serios y razonables. (Casación Civil. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 289, 2ª

— 252 —

PERJUICIOS (Es a los jueces civiles a quienes se debe acudir cuando no se trata de reclamar del directamente responsable sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños)

Se reitera la doctrina de que "si no se trata de reclamar del directamente responsable sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica por la falta del agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos 92 y siguientes del Código Penal y 24 y siguientes del Código de Procedimiento Penal) se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los perjuicios contra los autores de delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito o culpa de sus representantes o dependientes si no revisten aquella calidad de autores o cómplices". (Casación Civil. Julio 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 715, 2ª

— 253 —

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES EN LA RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA. (Perjuicio moral subjetivo y moral objetivado)

La Corte en abundante y reiterada jurisprudencia ha establecido que en materia de responsabilidad por culpa aquiliana, la indemnización a que tiene derecho la víctima comprende tanto los perjuicios materiales

como los morales. En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza del que se demande para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio. El daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. Surge entonces el daño moral objetivado, que fácilmente puede repararse, porque es tangible, estimable en dinero y concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio se objetive y por esa vía se llega a la reparación debida. Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto, resulta ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Pero aunque imposible la REPARACION del daño intrínsecamente moral, ello no implica que no haya de quedar sin una SATISFACCION de orden pecuniario. Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los principios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivado admite la ley una pequeña satisfacción pecuniaria, que se gradúa prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del C. P. Esta norma tiene aplicación en tratándose de fijar el PRETIUM DOLORIS, pero no respecto de los perjuicios morales objetivados que por su repercusión sobre el patrimonio material pueden ser avaluados pericialmente. La demostración de la existencia del daño moral subjetivo no puede ser directa sino indirecta, a base de simples presunciones de hombre de las cuales se infiera el dolor o molestia sufrido por la víctima. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales (C. J., artículo 705), es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, dentro del límite de la ley, como único medio de regulación al alcance de la justicia. (Casación Civil. Julio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 657, 1ª y 2ª y 658, 1ª y 2ª

— 254 —

PERJUICIO EVENTUAL

Es claro que en ausencia de base plausible para discernir la existencia del daño, mal cabe condenar a su reparación. Y sin el efecto, que es el perjuicio, queda en el vacío cualquiera examen acerca del error de conducta en que hubiese podido incurrir el Municipio. Donde no está el efecto, es inoficioso buscar la causa eficiente. Si no hay daño, sobra analizar la culpa. Tanto más cuanto que en el caso especial que se contempla, esa idea de culpa es inseparable de las probabilidades de buen éxito de la gestión que Robledo adelantaba a tiempo de su muerte. Si eran muy remotas o casi nu-

las, en esa misma razón el insuceso o las pérdidas habrían de dejar de ser imputables a la conducta del Municipio. Y el Tribunal, sin que aparezca ser erróneo su juicio y menos aún contraevidente, después de apreciar los elementos probatorios aportados al debate, llegó a la conclusión de que por la eventualidad absoluta de triunfo en el litigio sobre bienes ocultos, el posible perjuicio es de carácter puramente hipotético, no susceptible de indemnización. (Casación Civil. Julio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 765, 2º

— 255 —

PERJUICIO EVENTUAL (Su calificación por el tribunal sentenciador)

En cuanto a la calificación del perjuicio como puramente eventual o hipotético, no hay duda de que en casos como el que se examina, el punto es de aquellos que sólo pueden apreciarse por medio de inferencias lógicas, cuya valoración, significado y alcance atañe a los poderes discrecionales del sentenciador. Y si el Tribunal, dentro de las facultades que le competen para formar su propia convicción, no ha contrariado en modo alguno la evidencia del proceso, su juicio prevalece ante la Corte, no puede ser sustituído con otro ninguno, y quedan sin relieve los reparos aducidos dentro de este recurso extraordinario, ceñido a derecho y no equiparable en modo alguno a tercera instancia. (Casación Civil. Julio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 767, 2º

— 256 —

PERSONERIA ADJETIVA (A ésta se refieren el numeral 6º del artículo 520 del C. J. y el 2º del artículo 448 ibidem)

Tanto el numeral 6º del artículo 520 del C. J., como el 2º del artículo 448 ib., se refieren a la personería adjetiva del que ha obrado en el juicio como representante de alguna de las partes, no a la personería sustantiva de cualquiera de ellas, porque la segunda toca con la cuestión de fondo, que no implica validez o nulidad de carácter procesal, sino procedencia o improcedencia, prosperidad o fracaso de la acción misma intentada. (Casación Civil. Mayo 18 de 1955. T. LXXX. Nº 2154.) . . . . . 335, 1º y 2º

— 257 —

PETROLEOS (Desde cuándo debe contarse el término de 2 años de que habla el artículo 5º de la ley 160 de 1936)

Reafirma la Corte lo decidido en ocasiones anteriores, de que el término de los dos años dentro de los cuales, conforme a la Ley 160 de 1936, puede iniciarse la acción ordinaria ha de contarse desde la ejecutoria de la sentencia proferida en el juicio breve y sumario, y no desde la fecha de la misma sentencia. Porque, aunque el artículo 5º de la dicha ley había dicho que los dos años debían contarse "desde la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario", debe preferirse la de ejecutoria, porque siendo distintas las fechas de expedición de una sentencia judicial y la de su ejecutoria, es la última, que indica el artículo 7º ibidem, la que debe prevalecer para los efectos de la norma que se comenta, pues es la que dá mayores seguridades de certeza y la que mejor se conforma con los usos procesales. (Negocios Generales. Abril 13 de 1956. T. LXXX. Nº 2153). 161, 1º

— 258 —

PETROLEOS (Su propiedad frente al Estado)

De conformidad con las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, quienes se pretendan dueños del petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, sólo tienen las siguien-

tes oportunidades para que se defina la propiedad frente al Estado: 1), la del aviso de perforación con taladro, reglamentado por los artículos 6º y 7º de la Ley 160 de 1936, que tiene o puede tener dos etapas: la administrativa ante el Ministerio del ramo, y la judicial ante la Sala de Negocios Generales de la Corte "cuando el Ministerio, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga estime que es de la Nación el petróleo de que se trata"; y 2), la oportunidad que brindan las propuestas de contrato admitidas por el Ministerio, para que dentro de los términos legales, quien se pretenda dueño del petróleo que se encuentre en los terrenos comprendidos en la propuesta, formule oposición dentro de los sesenta días hábiles siguientes al cumplimiento de las formalidades prescritas en el inciso primero del artículo 5º de la misma Ley 160, o dentro de los dos años siguientes al vencimiento de dicho plazo (inciso final del mismo artículo). En virtud de esta especial regulación, no es libre el particular para escoger oportunidades o medios diferentes para iniciar las acciones referentes a la propiedad del petróleo, con prescindencia del AVISO o de la OPOSICION. (Negocios Generales. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .....229, 1ª y 2ª, 230, 1ª

— 259 —

PETROLEOS (Propuestas de contrato y juicio proveniente de ellos)

Como la posible superposición de áreas es precisamente lo que origina el conflicto de propiedades entre la del Estado a que se refiere la propuesta de contrato, y la del demandante que se pretende dueño del mismo petróleo; síguese de ahí que en un juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos, seguido contra la Nación, es necesario ante todo llevar cópia auténtica de la Resolución del Ministerio en que fue aceptada la propuesta de contrato o presentar el Diario Oficial en que aquélla fue publicada, para conocer así la extensión, ubicación y linderos de los terrenos comprendidos en la propuesta, porque si con ésta no se invaden terrenos cuyo subsuelo petrolífero pertenezca al demandante, éste carece de interés legítimo para impedir la contratación de petróleos que no son suyos, porque con el contrato no se lesiona derecho alguno de que él sea titular. (Negocios Generales.. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) .229, 1ª y 2ª 230, 1ª

— 260 —

PETROLEOS (Presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos)

Los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, son, en su orden:

1—Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata;

2—Título proveniente del Estado que acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

3—Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;

4—Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; y

5—Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo.

Por consiguiente, cuando no está legalmente demostrada en el juicio la propiedad

uctual del demandante sobre el inmueble en cuyo subsuelo se encuéntra el petróleo objeto de la acción de dominio, no se requiere avanzar en el estudio de los otros presupuestos. (Negocios Generales. Mayo 12 de 1954. T. LXXX. Nº 2154). 567, 2ª y 571, 2º

— 261 —

PETROLEOS (Pruebas - Propiedad privada)

No puede aceptarse como título orginario emanado del Estado que sirva para comprobar propiedad privada de un yacimiento petrolífero, un documento de la época colonial en que no conste o el cual no demuestre en forma alguna que las tierras a que se refiere fueron adjudicadas por merced, composición o venta en pública subasta o almoneda, que fueron los medios establecidos por la Corona española para transferir el dominio territorial a favor de sus vasallos. (Negocios Generales. Mayo 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 579, 2º

— 262 —

PETROLEOS (Títulos emanados del Estado consistentes en la venta en pública subasta de bienes raíces que fueron de temporalidades)

La Corte ha conocido de numerosos negocios sobre dominio del subsuelo petrolífero en que el opositor o demandante o el avisante en su caso, ha alegado como título emanado del Estado, la venta en pública subasta de bienes raíces que fueron de temporalidades, esto es, que pertenecieron a la comunidad religiosa de la Compañía de Jesús al momento de su expatriación bajo el reinado de Carlos III.

De los distintos casos estudiados por la Corte, se pueden deducir estos principios:

1—Las tierras sometidas al régimen de temporalidades eran objeto, por regla general, de una previa división material; se hacía un inventario y avalúo de todos los bienes, tierras, ganados, esclavos, herramientas. Se abría la correspondiente licitación con la fijación del edicto y la verificación de los pregones en lugares de concurrencia del público. Cumplidas estas formalidades se efectuaba el remate y la adjudicación en el mejor postor.

2—Si la venta se hacía por las Juntas Municipales de Temporalidades, los expedientes respectivos se enviaban a la Junta Provincial de Santa Fe de Bogotá, para su confirmación.

3—Una vez impartida ésta, y cumplidos por el rematante todos los requisitos y "capitulaciones" del remate, se procedía a extender la escritura pública de traspaso de la propiedad.

No era, pues, el acta de remate el verdadero título de la enajenación de bienes raíces hecha bajo el régimen de Temporalidades, sino un principio de él. (Negocios Generales. Mayo 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). . . . . 591, 1ª y 592, 2º

— 263 —

PETROLEOS (Títulos sobre composición de tierras)

La Corte ha reconocido plena eficacia a los títulos sobre composiciones de tierras para probar el dominio sobre el subsuelo petrolífero. Ese reconocimiento se funda en el sentido y alcance de las leyes que reglamentaron la propiedad territorial durante la Colonia. (Casación Civil. Abril 27 de 1955 T. LXXX. Nº 2153). 196, 1ª

— 264 —

PETROLEOS

Véase "Composición de tierras", en el número 85 de este índice.

— 265 —

POLICIA (Juzgamiento de sus miembros por la justicia militar)

Conforme a los decretos 1814, 1897 y 2.900 de 1953 y 1.426 de 1954, el juzgamiento de los miembros de la Policía por la Justicia Penal Militar sólo cabe a partir del 10 de julio de 1953, en que la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas, otorgándosele el correspondiente fuero, en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran dichos miembros. (Casación Penal. Julio 29 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 837, 1ª

— 266 —

POLICIA (Competencia para juzgamiento)

Si el hecho de que trata este expediente tuvo lugar en el mes de febrero de 1952, es obvio que sus presuntos autores no se hallan amparados por el fuero castrense, que sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio al de las Fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953. (Casación Penal. Julio 19 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) . 814, 2ª

— 267 —

POSESION (No existe una posesión inscrita en el derecho colombiano)

No existe una posesión inscrita en el derecho colombiano. Estas son las conclusiones de la Corte al respecto:

1ª — La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de julio de 1937 (XLV, 329), complementándola en el sentido de que entre la posesión material y la llamada inscrita, no hay conflicto doctrinario, en razón de la prevalencia de la primera, trátese de fundos rurales o de inmuebles urbanos.

2ª — Por tanto, sobre las disposiciones analizadas del C. C., tendientes a atribuir al registro de los títulos de la propiedad raíz, una función posesoria, prevalecen los textos relativos a la posesión que el C. C. no califica, o sea, la material, la única verdadera posesión.

3ª — No existe, por lo mismo, en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque, como lo ha consagrado la jurisprudencia nacional que este fallo acoge y compendia, la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios.

4ª — La inscripción de los títulos en el Registro Público, cumple los objetivos de trasferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones del dominio y probar la titularidad de los mismos derechos, aparte de la seguridad que se desprende de la circunstancia de que del mismo instrumento quede testimonio auténtico en dos oficinas públicas diferentes.

Esta última conclusión está de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte, según la cual, en caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del C. C., se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) . . . 97, 2ª y 98, 1ª

— 268 —

POSESION (El mero tenedor no necesita invocar la calidad de poseedor para defender la mera tenencia de que ha sido despojado violentamente)

El mero tenedor no necesita invocar la calidad de poseedor para defender la mera tenencia de que ha sido despojado violentamente, porque el artículo 984 del C. C. le da derecho para impetrar que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban "sin que para esto necesite probar más que el despojo violento". (Casación Civil. Mayo 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).... 370, 1ª

— 269 —

PREMEDITACION (Es más propio emplear los vocablos de que se vale la ley para interrogar sobre esta circunstancia cualificadora)

En tratándose de la circunstancia cualificadora de la premeditación y de otras sujetas al puro campo doctrinario, resulta menos aventurado y expuesto a error interrogar a los jueces populares empleando los propios vocablos de que se vale la ley penal, que recurrir al sistema de la enunciación de simples hechos condicionados al criterio que tenga el funcionario de la causa sobre la respectiva modalidad delictuosa. Esta es una consecuencia necesaria del vicio capital del Jurado: que a veces debe resolver problemas técnicos, a pesar de su impreparación en las disciplinas jurídicas. (Casación Penal. Junio 11 de 1954. T. LXXX. Nº 2154). 530, 2ª y 531, 1ª

— 270 —

PREMEDITACION (Premeditación y propósito de matar no se excluyen; traducen una unidad psíquica indivisible)

Es claro que en el vocablo "premeditación" quedó plenamente comprendida la acción anímica del delito (propósito de matar), ya que aquélla representa el más alto grado de dolo, su escala máxima, desde el punto de vista de la intensidad del mismo. La premeditación es dolo concentrado y retenido en la mente del agresor, en forma de resolución tenaz y perseverante de cometer el ilícito. El propósito criminoso se forja y se madura a través de un espacio de tiempo más o menos largo, según el temperamento del delincuente. El sujeto que premedita obra, pues, necesariamente con anticipada y firme intención de matar a su enemigo. En síntesis: premeditación y propósito de matar no se excluyen; por el contrario, traducen una unidad psíquica indivisible. En lo más cabe lo menos como es obvio. (Casación Penal. Junio 11 de 1955. T. LXXX. Número 2154) .....532, 1ª y 2ª

— 271 —

PRESCRIPCION (Excepción de)

La naturaleza de la excepción de prescripción permite al sentenciador estudiarla en primer término, sin que se imponga la necesidad de resolver previamente acerca de la existencia de la obligación misma que la excepción perentoria destruye. (Negocios Generales. Abril 16 de 1955. T. LXXX. Número 2153) 176, 1ª

— 272 —

PRESCRIPCION (Interrupción civil de la)

Para la interrupción civil de la prescripción no es suficiente la sola presentación de la demanda, se requiere su notificación en forma legal. (Casación Civil. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....432, 2ª

— 273 —

PRESCRIPCION (Interrupción de la)

El reconocer dominio ajeno constituye una causa de interrupción de la prescripción, pero, como es obvio, no reconoce dominio ajeno quien simplemente se declara deudor del vendedor, por una parte del precio, y para garantía de la deuda, obrando en calidad de propietario, constituye hipoteca sobre ese inmueble. (Casación Civil. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....432, 2ª

— 274 —

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

La palabra "respectiva", usada por el artículo 105 del C. P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de "respecto", que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena y cuando son ellas diversas por ser también varios los hechos delictuosos, hay que independizarlas.

Por tanto, en tratándose de un concurso real o formal de delitos, no debe tomarse en cuenta, para efectos de decidir de la prescripción de la acción penal, la norma del artículo 33 del Código Penal. Este artículo se refiere a la pena imponible, a una posibilidad que toma forma o se evidencia sólo en el fallo, mientras que la prescripción parte del supuesto de una pena ya acordada, que es la que contempla el respectivo artículo del Código. (Casación Penal. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 497, 1ª

— 275 —

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Para saber si una acción penal no puede ya proseguirse por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es preciso averiguar lo siguiente: 1º qué pena máxima le corresponde al delito, y 2º cuándo se consumó —si es instantáneo—, o se verificó el último acto, si es continuo o permanente. (Casación Penal. Mayo 3 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 496, 2ª

— 276 —

PREVARICATO (Dolo específico y genérico)

El dolo específico es indispensable en el prevaricato, que para contrariar la Ley requiere que se haga con conocimiento y por motivos de antipatía o de simpatía. Y el dolo genérico que entra en su violación, bien sea al ejecutar un acto arbitrario e injusto, o al omitir, retardar o rehusar una diligencia o una decisión a que legalmente esté obligado el funcionario, desaparece al evidenciarse que cualquiera de esos hechos se debió no a malicia o capricho sino a error en la interpretación de un texto legal. De modo que no basta indicar el yerro para deducir el delito, puesto que aquél podría traducir nada más que deficiencia o impreparación del funcionario que incurrió en él. (Casación Penal. Junio 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 535, 1ª y 2ª

— 277 —

PREVARICATO

Como no aparece en los autos la plena comprobación exigida por el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal para que haya "cuerpo de delito" en el prevaricato, la Sala no prohija el parecer del Tribunal y de la Procuraduría delegada en el sentido de que en esta investigación, aún no cerrada, "sería el caso de dictar el correspondiente auto de proceder", pues ello equivale a un enjuiciamiento MORAL por el más grave de los cargos que contra un funcionario judicial pueden formularse. (Casación Penal. julio 29 de 1955. T. LXXX. Nº 2155. 834, 2ª

— 278 —

PREVARICATO

En el prevaricato (art. 168 C. P.) la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, ha de ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. Vale decir, que entre lo decidido por el funcionario o empleado público y lo mandado por la ley para el hecho concreto, haya una oposición evidente e inequívoca: el responsable hace lo que el derecho positivo veda, u omite lo que éste le ordena realizar.

Por el aspecto de la acción psíquica, el prevaricador debe obrar con conocimiento pleno (a sabiendas) de que su acto oficial es contrario a la ley y conlleva una injusticia, y además, con la dañada inclinación de favorecer o de perjudicar a alguien, por simpatía o por animadversión. Si no concurren estos factores espirituales y el incriminado actúa de buena fe, en el convencimiento de que interpreta rectamente la ley, el prevaricato se excluye, aun cuando la aplicación del derecho sea equivocada. Hay entonces una falla del buen criterio jurídico, de que no es responsable quien cayó en el error. Cabalmente, en previsión de la falibilidad humana, se ha instituído los recursos contra las providencias de los funcionarios públicos. (Casación Penal. Julio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 828, 1ª

— 279 —

PREVARICATO (Prevarica, el funcionario que detiene, sin razón ni derecho, a una persona movido por odio o venganza hacia ella)

El funcionario o empleado público que detiene, sin razón ni derecho, a una persona movido por odio o venganza hacia ella, prevarica, porque, además de que impone su caprichosa voluntad, desahoga un sentimiento rencoroso que lesiona la honesta y ordenada actividad funcional y los intereses de la justicia. En este caso, no sólo se quebranta el bien jurídico de la libertad, sino otro de superior jerarquía atinente al correcto funcionamiento de la administración pública. Este último bien —de mayor entidad— prevalece para tipificar el delito como prevaricato, en vez de detención arbitraria. (Casación Penal. Julio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 828 1ª

— 280 —

PREVARICATO

Para que se configure el delito de prevaricato, es preciso que en el ánimo del funcionario obre un factor que perturbe su serenidad y que a él se deba la determinación que contraríe la Ley y la justicia en forma manifiesta. Sin la presencia actuante de esa circunstancia que es lo que constituye el dolo específico que tal entidad requiere, no se configura el delito de prevaricato, aunque la decisión sea criticable y no se ajuste del todo a los ordenamientos jurídicos. (Casación Penal. Julio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 804, 2ª

— 281 —

PROMESA DE VENTA (La promesa verbal de venta de un inmueble carece de toda validez)

La promesa de venta de un inmueble que no se haya formalizado por escrito es un acto que carece de toda validez no solamente por la omisión de las solemnidades externas necesarias para su perfeccionamiento sino por la imposibilidad de que aparezcan cumplidos los requisitos de fondo exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Baste observar que requiriéndose la determinación del contrato en forma tal "que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades legales", este requisito nunca podrá hallarse cumplido en una promesa verbal sobre venta de un inmueble. Tal promesa "no produce obligación alguna", como dice la ley. (Casación Civil. Junio 6 de 1956. T. LXXX. Nº 2154). 416, 1ª

— 282 —

PROMESA DE VENTA DE UN INMUEBLE (Este contrato sólo da nacimiento a obligaciones de hacer)

La promesa de venta de un inmueble es contrato, además de solemne, bilateral y conmutativo, que sólo da nacimiento a obligaciones de hacer: los prometientes sólo se obligan a otorgar la correspondiente escritura de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito. El incumplimiento de la promesa da las acciones a que se refiere el artículo 1610 del C. C., según el cual, constituído el deudor en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de perjuicios, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª Que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª Que el deudor lo indemnice de los perjuicios resultantes del contrato". Si el acreedor insiste en la ejecución de la promesa, puede acudir al juez para que se apremie al deudor a fin de que se otorgue la correspondiente escritura pública de venta, y si requerido no lo hiciere dentro del plazo que le señale el juez, éste podrá proceder a hacerlo en su nombre (Ley 66 de 1945. art. 1º). (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 416, 2ª

— 283 —

PROMESA DE VENTA DE UN INMUEBLE (En el supuesto de una promesa verbal de venta, el dinero entregado por el prometiente comprador al prometiente vendedor, por anticipo del precio o como arras, no podrá ser retenido por éste so pretexto de haber sido recibido en pago de una obligación natural)

En el supuesto de una promesa verbal de venta de inmueble, el dinero entregado por el prometiente comprador al prometiente vendedor, por anticipo del precio o como arras, no podrá ser retenido por éste so pretexto de haber sido recibido en pago de una obligación natural resultante de contrato inválido por carencia únicamente de meras solemnidades externas. La promesa es inexistente no sólo por la omisión de formalidades externas sino por faltar los requisitos exigidos por la ley en razón de la naturaleza del acto. Por consiguiente, en ella no se generan obligaciones civiles ni naturales. Es obvio, por lo demás, que si por virtud del convenio verbal ambos prometientes, cumpliendo un deber moral al hacer honor a la palabra empeñada, perfeccionan la compraventa mediante el otorgamiento de la escritura pública, es imposible siquiera imaginar un pago de lo indebido (en cuyo ámbito tiene aplicación la doctrina de las obligaciones naturales), ya que las prestaciones de comprador y vendedor se sirven recíprocamente

de causa. (Casación Civil. Junio 6 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). ... 416, 2ª y 417, 1º

— 284 —

PRUEBAS (Inconducencia)

Es doctrina científica, admitida en numerosas decisiones por las diversas Salas de la Corte, la de que la inconducencia de las pruebas se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido, y la ineficacia legal de ellas, a determinados hechos a los cuales la ley misma niega valor probatorio. Pero el juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensiblemente, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos por el rechazo anticipado, por medio de una calificación, que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes. (Negocios Generales. Mayo 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). ... 563, 1º

— 285 —

PRUEBAS

Las pruebas practicadas en un juicio tienen valor en otro juicio, seguido entre las mismas partes, pero para esto es necesario que se reproduzcan en este último; un fallo por sí solo, no constituye plena prueba de los hechos admitidos en él. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 490, 2ª

— 286 —

PRUEBAS (Cuando se trata de allegar al proceso el instrumento mismo, no existe razón alguna para pedir la copia del respectivo instrumento. - Artículo 636 del C. J.)

Indudablemente el artículo 636 del Código Judicial se refiere a los instrumentos que obran en poder de un funcionario y que no pueden llevarse originales al proceso en donde deben ser tenidos como pruebas; pero cuando se trata de allegar al proceso, no la copia, sino el instrumento mismo, no existe razón alguna para que sea indispensable pedir la copia del instrumento. El requisito de la copia no tiene otra finalidad que la de que las partes estén seguras de la autenticidad del instrumento cuando éste no se presenta con la demanda. Si la parte contraria consiente el auto en que se ordena que se tengan como pruebas los documentos en la forma pedida por el interesado en llevarlos al juicio se crea una situación procesal que no es dable variar, porque las partes han prestado su consentimiento a esa situación, lo que pueden hacer por tratarse de cuestiones en que no está interesado el orden público. (Casación Civil. Abril 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 25, 2ª y 26, 1º

— 287 —

PRUEBAS (Artículo 702 del C. J.)

Ante la diversidad de las probanzas en donde un grupo de declarantes afirma lo que el otro niega, el fallador puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 702 del C. J., para desentrañar dónde pueda encontrarse la verdad de situaciones contradictorias expuestas por las probanzas. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX Nº 2153). ... 56, 2ª

— 288 —

PRUEBAS (En auto para mejor proveer)

En un auto para mejor proveer no se ordena tener en cuenta papeles o documentos, por haberlo pedido en otra ocasión una de las partes para la práctica de una de sus pruebas, y mucho menos un documento aportado irregularmente al proceso, rechazado y por consiguiente sin valor alguno como prueba. (Casación Civil. Junio 16 de 1955. T. LXXX, Nº 2154). 435, 2ª

— 289 —

PRUEBAS (Es la prueba pericial la única aceptable para establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona por lesiones orgánicas)

La Corte ha dicho que la comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). 736, 2ª

— 290 —

PRUEBAS (Error en la calificación)

El error en la calificación de una prueba no implica error en la apreciación de los hechos cuando la relación de causalidad entre las constancias procesales y la convicción del Juez no se ha roto por defecto en la lógica del razonamiento. (Casación Penal. Junio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 540, 2ª

— R —

— 291 —

RECURSO DE CASACION. - INTERPOSICION POR MEDIO DE ESCRITO

Se puede interponer el recurso de casación, en el acto de notificación de la sentencia del Tribunal, sin que sea necesario interponerlo en memorial separado. (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155). ... ... 722, ss.

NOTA: A la anterior doctrina salvaron su voto 4 de los Magistrados que componen la Sala Plena de Casación Civil.

— 292 —

RECUSACIONES (No es causal la de que el juez haya declarado en el proceso)

Las causales de recusación están taxativamente señaladas por el legislador, ya que se refieren a la capacidad subjetiva en concreto del Juez y miran a la competencia, la cual, por ser de orden público, sólo la ley puede regular.

La circunstancia de que el Juez competente en el ramo penal haya declarado en el proceso, está fuera de la previsión legal para quitarle el conocimiento del mismo. (Casación Penal. Julio 16 de 1955. T. LXXX Nº 2155). ... ... 812, 1ª y 2ª

— 293 —

REFORMA DEL TESTAMENTO (La simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción)

Reitera la Corte su doctrina de que la simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Al legitimario preterido le basta para lograr el reconocimiento de su derecho, presentarse al respectivo

juicio de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya está concluído, la correspondiente acción de petición de herencia. (Casación Civil. Abril 26 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 74, 2ª

— 294 —

REIVINDICACION (Condiciones de la acción)

A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la PERSECUCION es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción; no se podría dar el efecto sin la causa.

B) La persecución y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones opuestas o inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo.

C) La SINGULARIDAD de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra directamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen.

D) La IDENTIDAD entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 85, 2ª y 86, 1ª

— 295 —

REIVINDICACION (Si el demandado en acción reivindicatoria guarda silencio sobre el hecho de su posesión, el punto se tiene por establecido a través de la litis).

Debido a la presencia implícita de la afirmación de que el demandado es POSEEDOR de la cosa en la cual radica el derecho del actor en el juicio reivindicatorio, el demandado que no rechaza al contestar la demanda, consiente en ella, y el punto se tiene por establecido a través de la litis. El artículo 214 del C. J. le impone al demandado que no es el poseedor, el deber de expresarlo así, a fin de evitar una sentencia que mañana no podría oponerse al verdadero poseedor. Si guarda silencio es porque consiente en ello, de modo que si el actor prueba su derecho, aquél será responsable de la cosa o de su valor. El artículo 215 ib. dispone que al expresar el reo que NO ES EL POSEEDOR, se sustancie esta declaración como excepción dilatoria: si prospera, queda libre de la demanda, a menos que

sea el ladrón o estafador de la cosa, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil su persecución; si no prospera, es obvio que haya de tenérsele como poseedor. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). ... ... 86, 1ª y 2ª

— 296 —

REIVINDICACION (El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el demandado el poseedor de la cosa que se reivindica)

El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es POSEEDOR de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por lo tanto, que aparezca inequívocamente de la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal y menos aún de elemento esencial de la acción, la circunstancia de que no afirme expresamente el demandante que el demandado POSEE la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el reo el poseedor; no puede concebirse la acción de dominio, sin ese cargo; y por lo mismo, no puede alegar razonablemente el demandado que en el libelo no se le señaló en forma explícita como poseedor, porque basta que se le señale como sujeto pasivo de una relación procesal que necesaria y esencialmente proyecta sobre el reo ese carácter. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 86, 2ª

— 297 —

REIVINDICACION (Cuando el demandado no niega la calidad de poseedor, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto)

La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega la expresada calidad el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto. Ha dicho igualmente que cuando el reo no da respuesta a la demanda en la cual se le señala como poseedor, acepta implícitamente este carácter, con las consecuencias determinadas en el artículo 217 citado (Casación de 25 de febrero de 1949. LXV, 340). (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 86, 2ª

— 298 —

REIVINDICACION

Ha dicho la Corte, que es indispensable calificar expresamente al reo, de poseedor, pues de lo contrario falta uno de los requisitos de la acción (casación de 31 de agosto de 1932. XL. 473). La Corte rectifica esta doctrina y amplía las consagradas en los fallos citados antes, en el sentido de que basta que se ejerza la acción reivindicatoria para que se afirme implícita y necesariamente que el demandado es POSEEDOR, y para que el reo, si no niega que es el poseedor, se le tenga como tál, sin más prueba. Se caería en un sistema de fórmulas sacramentales, por demás extraño en esta hora, si fuese menester calificar de "poseedor" al sujeto pasivo de tal acción, cuando la esencia de ella lo predica, según la definición del art. 946 del C. C. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 86, 2ª y 87, 1ª

— 299 —

REIVINDICACION (Demanda dirigida contra varios poseedores)

Cuando se demanda en reivindicación a varios poseedores de un inmueble, sin determinar si lo poseen en proporciones separadas o todos conjuntamente, se ha de entender que lo poseen en común. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 87, 1ª

— 300 —

REIVINDICACION (Identificación del inmueble que se reivindica)

Si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no hay nada qué objetar en materia de identidad del bien como elemento de la reivindicación. (Casación Civil. Abril 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 98, 1ª y 2ª

— 301 —

REIVINDICACION (Omisión en la demanda de uno o varios de los poseedores de parte de la finca que no ocasiona nulidad de lo actuado)

Si los demandados en acción reivindicatoria no son poseedores de cuota en terreno proindiviso ni han sido condenados a devolver cuota de un bien, sino que cada demandado aparece como poseedor de un lote, delimitado por linderos; la omisión en la demanda de uno o de varios de los poseedores de parte de la finca, no ocasiona la nulidad de lo actuado. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 349, 1ª

— 302 —

REIVINDICACION (El demandado que no rechaza la posesión al contestar la demanda, consiente en ella)

En lo atañedero a la posesión, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella, pues así se desprende de los artículos 214 y 215 del Código Judicial. Y ello no solamente en el caso de que de manera explícita se afirme el hecho de ser poseedor el demandado, sino también en la ocurrencia de que la parte actora no afirme de modo expreso que el demandado es el poseedor. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 1154). . 351, 1ª

— 303 —

REIVINDICACION (Prueba del ánimo de señor o dueño del demandado en acción reivindicatoria cuando éste niega su calidad de poseedor)

Como lo ha dicho la Corte: "La diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquélla; el ANIMUS DOMINI, pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no. De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando actos en ella que vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión". (Casación Civil. Mayo 30 de 1955. T. LXXX Nº 2154). ... . 369, 2ª y 370, 1ª

— 304 —

REIVINDICACION (Prueba del derecho de dominio del actor)

Quien ejercite la acción real de dominio debe acreditar plenamente la titularidad de su derecho; si ello no sucede, el poseedor no puede ser obligado a la restitución. Ni puede serlo cuando la posesión tiene una vigencia en el tiempo anterior al título que se le opone.

En el caso de estudio, el actor para demostrar su calidad de dueño sobre el bien reivindicable, presentó como título de dominio la hijuela de adjudicación que obtuvo en el juicio sucesorio de Ricardo Escobar, título que por sí solo no podía justificar su calidad de dueño. Era indispensable acompañar, además, el título de su causante. (Casación Civil. Junio 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 389, 2ª

— 305 —

REIVINDICACION (Pruebas)

El heredero para acreditar su dominio sobre un bien reivindicable debe acompañar a la hijuela de adjudicación, en el juicio sucesorio respectivo, el título de su causante. (Casación Civil. Julio 16 de 1955. T. LXXX Nº 2155) 705, 1ª

— 306 —

REIVINDICACION Y ACCION PUBLICIANA (Diferencias)

Los dos preceptos sustantivos contenidos en los artículos 950 y 951 consagran el ejercicio de acciones cuya naturaleza no se puede confundir; la una, acción simple y ordinaria de dominio que es la que tiene el dueño de una cosa singular, individualizada para que el poseedor demandado se la restituya; la otra, que es la clásica acción publiciana del derecho romano, se otorga a quien, aunque no pruebe dominio, ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Estas acciones se diferencian no sólo por el contenido que debe informar las súplicas a la jurisdicción sino por los fundamentos de hecho que las configuran.

Sobre este tema es suficientemente explícita la sentencia de la Corte fechada el 2 de diciembre de 1954, publicada en la Gaceta Judicial Tomo LXXIX. (pág. 197); allí se trata del ejercicio de la acción de dominio que el fallador no encontró demostrado en el actor y ante esa situación le dio aplicación al art. 951 cuando la acción publiciana que él contiene no había sido agitada en el juicio. La Corte casó la sentencia por tal motivo. (Casación Civil. Julio 16 de 1955. T. LXXX Nº 2155) ... ... 705, 2ª y 706, 1ª

— 307 —

REIVINDICACION - ACCION PUBLICIANA

Para que prospere la acción publiciana (art. 951 C. C.), es indispensable que quien la intente demuestre que ha perdido la posesión regular de la cosa en vía de ser ganada por usucapión. (Casación Civil. Julio 16 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 707, 2ª

— 308 —

REQUERIMIENTO

El requerimiento es el acto judicial en virtud del cual se amonesta a una de las partes que interviene en el juicio para que haga —acto positivo— o deje de hacer —acto negativo— alguna cosa. Es el aviso o intimación que hace el funcionario público a determinada persona para que se imponga del contenido de las obligaciones que debe hacer u omitir como consecuencia o resultado de las acciones que se ejercitan dentro

del juicio. La omisión o falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas en el auto de requerimiento cuando se halla debidamente ejecutoriado, conlleva, como consecuencia natural y lógica, la denegación de todo recurso.

Tan imperioso es su cumplimiento que, para el caso en que el Juez conceda un recurso de apelación sin que el recurrente hubiera pagado las costas, el superior por imperativo legal se abstiene de conocer y ordenar la devolución del negocio al Juzgado de procedencia (Art. 497). Cuando una de las partes abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, ésta puede pedir a aquélla su reembolso inmediato y mientras tanto, ésta no debe ser oída en juicio (Art. 571). Para que tenga efectividad lo dispuesto en los artículos que se comentan, es indispensable que los gastos se hayan liquidado y que el auto que contiene dicho mandato se halle ejecutoriado.

En estas condiciones la negativa del Juez para conceder los recursos de apelación, reposición o de hecho, no era caprichosa o arbitraria sino legal y justa, bien porque el demandado no había cumplido las obligaciones impuestas por el Juzgado en providencia que estaba debidamente ejecutoriada, ora, porque la ley es terminante en cuanto a los deberes que impone al funcionario para abstenerse de dar curso legal a dichas peticiones en virtud de lo dispuesto en los artículos 496, 497 y 571 del Código Judicial.

La denegación de los recursos de apelación, de reposición y de hecho, con base en las disposiciones que reglamentan la liquidación de gastos ocurridos dentro del juicio, no son hechos que configuran los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, porque esta obligación —pago de costas— es requisito de previo cumplimiento para que la parte condenada en ellas pueda ser oída. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX Nº 2153) ..... 135, 2ª y 136, 1ª y 2ª

— 309 —

RESERVA DEL SUMARIO (Recae sobre los elementos probatorios)

No es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva del sumario, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso constituyendo su prueba. Para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo la prohibición legal, es necesario que en ellas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, alguno de los elementos probatorios allegados al proceso. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153) 133, 2ª

— 310 —

RESERVA DEL SUMARIO (Delito de violación de la reserva)

Con la norma del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal se garantiza la defensa de la investigación, a fin de que culmine normalmente con el descubrimiento de la verdad histórica de los sucesos criminosos y demás objetivos de que tratan los artículos 271 y 294 ibidem. De suerte que el acto procesal revelado indebidamente debe referirse a una pieza importante del sumario que, una vez conocida, pueda desviar los rumbos de la investigación, en perjuicio de la justicia y de la sociedad. (Casación Penal. Mayo 16 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 512, 2ª

— 311 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Por los actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública)

No puede decirse con propiedad que los

agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunde con la personalidad jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral y que por eso mismo es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente ha sido con ocasión de ella.

Por el contrario, la doctrina de los autores y una abundante jurisprudencia nacional y extranjera, rechazan esta tesis tan original por la generalidad de sus términos y tan peligrosa por lo rígida y falta de matices, que por lo mismo se halla en pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la administración pública. (Negocios Generales. Abril 16 de 1955. T. LXXX. Nº 2153). 177, 2ª

— 312 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. ("El chofer es un simple dependiente para los efectos del art. 2347 del C. C. y no órgano de las personas jurídicas de derecho público")

Rectifica la Corte la doctrina sentada en sentencia de 18 de octubre de 1950, proferida por la Sala de Negocios Generales y conforme a la cual puede afirmarse que empleados subalternos como los choferes, al servicio de las personas jurídicas de derecho público, sean órganos, representantes o mandatarios de aquéllas de modo que su actividad en el campo de la responsabilidad extracontractual pueda ser considerada como actividad propia de la persona moral. Por el contrario, el chofer es un simple dependiente, en el sentido del artículo 2347 del Código Civil, de cuyos actos culposos es responsable la persona jurídica como "acto de otro", en virtud de lo dispuesto por el mismo artículo. (Negocios Generales. Abril 16 de 1955, T. LXXX. Nº 2153). 177, 2ª y 178, 1ª

— 313 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Presunción de responsabilidad por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa)

Tradicionalmente se entiende que la presunción de responsabilidad del padre o la madre por el hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa (Art. 2347 del C. C.) es anexa a los atributos y cuidados sobre la persona del hijo que la patria potestad confiere y prescribe, al padre, y a falta de éste por cualquiera causa legal, a la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias, por lo que atañe a la filiación legítima.

La presunción de responsabilidad por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa, depende por entero del ejercicio de la patria potestad sobre tales hijos, y no de la forma como en concreto esté organizado el régimen de bienes entre los cónyuges. Se trata en efecto de saber quién ejerce aquellos atributos, y no de determinar si la mujer casada ha salido de la condición de alieni juris, para convertirse en persona plenamente capaz. (Casación Civil. Junio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 459, 2ª y 460, 1ª

— 314 —

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR EL HECHO DE UN HIJO

Véase "Culpa" en el número 105 de este índice.

— 315 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Condiciones para que pueda hacerse la declaración de responsabilidad)

La declaración de responsabilidad debe hacerse sobre la base de que existen tres condiciones indispensables de la imputabilidad del acto dañoso que enseña Jeze, a saber: "La primera concierne a la situación jurídica del autor del daño con relación a quien debe responder de sus consecuencias; la segunda concierne a la naturaleza del acto dañoso; y la última, a las circunstancias del cumplimiento o ejecución misma de ese acto. Más concretamente; es necesario que exista entre el autor del hecho y aquel a quien se hace responsable de sus consecuencias, una relación en virtud de la cual el primero esté al servicio del segundo, que el hecho que causó el daño sea culposo y que se haya realizado con ocasión del cumplimiento de la función o del servicio".

La primera condición para que exista responsabilidad la explica Chapus así: "Debe responder por el hecho dañoso realizado por otra persona, el que tiene derecho de darle órdenes o instrucciones sobre la manera de llenar las funciones para las cuales ha sido empleado", así se trate de una persona natural o jurídica o de una colectividad pública. Este derecho a dar órdenes deriva de la autoridad que una persona tiene sobre otra, o de un simple derecho de vigilancia o de control. (Nº 219).

La segunda condición, el citado autor la explica de la siguiente manera: "La responsabilidad del tercero, persona natural o jurídica, está condicionada a la comisión de una falta por el agente. Esta regla es sencilla y no sufre ninguna excepción. El civilmente responsable no responde del hecho sino del cuasi-delito de las personas de que la ley lo hace responsable". (Nº 221).

Y la tercera condición según el mismo tratadista, es que la relación entre el acto dañoso y la función debe ser, según Savatier, "a la vez una relación de tiempo y una relación de fin o de medio" (Nº 222). El agente ha debido cumplir el acto dañoso dentro del tiempo de la función o del servicio y es preciso que tenga con la función una relación de fin o de medio (Nº 223); es necesario que el agente haya realizado el acto con la intención de cumplir sus funciones, de alcanzar el fin de vista del cual éstas le han sido atribuidas o confiadas, o bien, que haya usado los medios que su trabajo ponía a su disposición al realizar el acto dañoso (Nº 224).

La doctrina exige que el vínculo que debe existir entre el acto dañoso y la función sea "serio" (Mazeaud); que el acto tenga su causa así sea ocasional, en la función (Demogue); un lazo de causalidad, de conexidad, debe existir entre el acto y la función. (Negocios Generales. Junio 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....613, 1ª y 2ª

— 316 —

REVISION (Recurso de)

En las legislaciones se ha establecido el recurso de revisión contra los errores que lleven consigo la condena de inocentes. Y para que se ordene un nuevo juicio, como consecuencia de haberse considerado procedente el recurso, es necesario demostrar una de estas causas: 1ª Que dos o más personas están cumpliendo condena por un mismo delito que no pudo ser cometido sino por una de ellas o por un número menor de las sentenciadas; 2ª Que alguien ha sido condenado como responsable de haber dado muerte a quien aparece vivo; 3ª Cuando se demuestra que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba que haya podido determinar el fallo condenatorio; 4ª Cuando la sentencia se haya producido en virtud de documento o prueba secreta que no existía

en el proceso; y 5ª Cuando después de la condenación aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas a tiempo en los debates, que establezcan la inocencia del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad. (Casación Penal. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 524, 2ª

— 317 —

REVISION (Es más exigente este recurso que el de casación)

El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub judice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada. (Casación Penal. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Número 2154) 524, 2ª

— 318 —

REVISION (Pruebas en este recurso)

En el recurso de revisión, las pruebas que se aduzcan deben conducir necesariamente a la demostración completa de cualquiera de las causales de revisión. (Casación Penal. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .524, 2ª

— 319 —

ROBO (Dolo genérico y dolo específico)

El dolo asume, en el delito de robo una dualidad: dolo genérico y dolo específico. El primero representado por la intención de quitar la cosa, previo el conocimiento de que es ajena y de que se obra contra el querer del dueño. Y el segundo —dolo específico— traducido en el fin de lucro, expresión amplia y equivalente a utilidad o beneficio de cualquier clase. Si falta esta intención particular, el hurto no existe, o se transforma en otro delito de título diverso. (Casación Penal. Junio 12 de 1955. T. LXXX. Número 2155) 796, 1ª

— 8 —

— 320 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Las cuestiones de pura doctrina o interpretación de la ley no pueden servir de base para la imputación de cargos de parcialidad contra un magistrado a quien se acusa ante la Corte para que se le impongan sanciones disciplinarias. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 273, 2ª

— 321 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Por demoras en los negocios de que conoce funcionario judicial)

Las demoras que merecen sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950 son las "injustificadas", es decir, aquellas en que es ostensible la falta de diligencia y consagración al estudio de los negocios de que conoce el funcionario. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .275, 2ª

— 322 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — FUNCIONARIOS JUDICIALES (Decretos legislativos 3665 de 1950 y 1857 de 1951)

Los decretos legislativos 3665 de 1950 y

1857 de 1951, referentes a sanciones a los funcionarios judiciales por el no despacho oportuno de los asuntos a su cargo, forman un estatuto conjunto o único y deben interpretarse relacionándolos entre sí. Claramente establece el artículo 4º del decreto 3665 que el procedimiento disciplinario se inicia de oficio, o por petición del Ministerio del ramo o del Ministerio Público, o del particular interesado. El artículo 1º del decreto 1857 agrega nuevas sanciones a las ya establecidas en decretos anteriores, las que deben aplicarse según el sistema previsto en aquellos decretos. El artículo 2º dispone que cuando el interesado lo proponga oportunamente, el superior del funcionario que incurre en demora puede concederle el nuevo plazo en caso contrario. Es necesario que el interesado promueva la articulación. Si no lo hace en oportunidad sino posteriormente al plazo que se contempla en el artículo 2º, su queja se tramitará de acuerdo con las reglas del decreto 3665, oyendo al funcionario acusado de las demoras y juzgando el superior, para aplicar la sanción a que haya lugar.

Debe entenderse que el "interesado" en el caso del artículo 2º del Decreto 1857 es el mismo que contempla el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950, como la persona particular que puede pedir que se apliquen las sanciones disciplinarias de que trata este último decreto. No es admisible entender que el "interesado" sea el funcionario que incurre en demora, ya que en esta hipótesis aquél tendría que hacer una declaración contra sí mismo, la de hallarse en mora de actuar, contra lo que previene la Constitución en su artículo 25. (Sala Plena. Junio 20 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....275, 1ª y 2ª

— 323 —

SENTENCIA (Valor probatorio de la copia autenticada de una sentencia)

La copia autenticada de una sentencia, como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión. (Casación Civil. Junio 30 de 1955. T. LXXX. Número 2154).....490, 2º

— 324 —

SENTENCIA (Alcance del artículo 159 del C. de P. P., que se refiere a la redacción de las sentencias)

Es verdad que el Código de Procedimiento indica cómo deben redactarse las sentencias. Y con tal fin presenta en el artículo 159 una especie de modelo. Se busca con ello la claridad y el orden en las decisiones judiciales. Pero si a los mismos resultados se llega variando un poco la redacción —que es algo personal—, o apartándose del ejemplo —lo que podría ser cuestión de estética—, no podrá afirmarse con razón que se ha contrariado la voluntad del legislador, que no consiste en que se siga al pie de la letra una determinada pauta sino en que los fallos sean claros y ordenados en su presentación y contengan los presupuestos penales indispensables que permitan sacar las adecuadas conclusiones jurídicas. Una sentencia puede estar redactada sobriamente y no por ello merecer el calificativo de deficiente, si reúne aquellos requisitos; así como a otra, muy extensa puede faltarle motivación y fundamento.

La fórmula del artículo 159 no es algo fundamental del proceso, cuya trasgresión, por lo tanto, sea capaz de constituir uno de aquellos vicios que afectan de nulidad las

providencias de los jueces, como sería, v. gr. la de haber confundido o equivocado el nombre o el apellido del responsable. A la justicia le interesa que el fallo exponga hechos que los califique y deduzca las consecuencias legales pertinentes. Porque son las insuficiencias —en cuanto a lo substancial— y no los defectos —en cuanto a la forma— lo que se debe evitar. Ese es el espíritu de la disposición que se comenta. (Casación Penal. Julio 30 de 1955. T. LXXX. Nº 2155)..... 841, 1º

— 325 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Su ejecución en Colombia)

En lo tocante a la ejecución de sentencias extranjeras, nuestra ley en los artículos 555 y 556 del C. J., ha seguido el sistema de la reciprocidad diplomática combinado con el de la reciprocidad legislativa. De tal suerte que en primer lugar, se atiende a las estipulaciones de los tratados que tenga celebrados Colombia con el Estado de cuyos tribunales emane la sentencia que se pretende ejecutar en el país. Y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Número 2154)..... 464, 1ª

— 326 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Su ejecución en Colombia)

No existiendo derecho convencional con el Estado en donde se haya proferido la sentencia que se pretende ejecutar en Colombia, la Corte debe examinar en cada caso, si procede la aplicación de la reciprocidad legislativa, para lo cual ha de traerse por el interesado la prueba de la ley extranjera en lo pertinente, o sea, en cuanto a la fuerza que en aquel Estado se otorgue a los fallos de los tribunales colombianos. Sin la demostración de la vigencia o existencia de la respectiva ley, no puede aplicarse por la Corte la norma supletoria sobre reciprocidad legislativa. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 464, 1ª y 2ª

— 327 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Su ejecución en Colombia y el principio de reciprocidad legislativa.—Prueba de la vigencia de la ley extranjera)

Jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Sala ha establecido que para la aplicación del principio de reciprocidad legislativa en cuanto a la ejecución en Colombia de sentencias de tribunales pertenecientes a otros Estados, debe aducirse ante la Corte por el solicitante del exequatur, la prueba de la vigencia de la ley extranjera en lo procedente, según lo dicho atrás, por uno de los medios consagrados en la norma ya citada, o sea: 1º Con copia debidamente autenticada de la respectiva ley extranjera que acoja la reciprocidad en la máteria; 2º Con el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país en donde haya sido expedida la ley correspondiente. (Casación, junio 6 de 1945, LIX, 129; junio 7 de 1952, LXXII, 380 y 381, julio 14 de 1953, LXXV, 614 y 615). (Casación Civil. Junio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 465, 1ª

— 328 —

SIMULACION (Prueba indiciaria)

La doctrina ha aceptado como indicio de simulación la circunstancia de que el contra-

to fingido aparezca celebrado entre parientes próximos o amigos íntimos, pues en esta forma se quiere evitar que el testaferro abuse de su condición aparente y traicione la confianza depositada por quien se desprende ficticiamente de sus bienes. Este indicio cobra mayor fuerza cuando se demuestra la habitación en común de los contratantes, a la época en que se hizo el pacto simulado.

Igualmente ha admitido como indicio grave de simulación la inhabilidad económica del supuesto adquirente, cuando éste, por su extrema pobreza o sus haberes reducidos, carece de medios pecuniarios o crediticios para desembolsar la suma de dinero que aparece entregada en el contrato fingido. Como también se puede inferir falta de seriedad en el contrato y presumirse la simulación, cuando el precio que figura en la escritura de venta, no guarde relación con el justo valor de los bienes enajenados, porque en las ventas simuladas suélese señalar un bajo precio, para hacer verosímil el desembolso del dinero en el adquirente que carece de posibilidades económicas.

Por último, las condiciones personales del aparente enajenante a la fecha del contrato acusado de simulación, tales como la senectud y enfermedad, pueden constituir indicio de la causa simulandi que explique el móvil de la llamada "escritura de confianza", por medio de la cual se designa un testaferro para ejecutar especiales instrucciones relacionadas con la administración y disposición de los bienes ante el riesgo de la muerte. (Casación Civil. Mayo 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) .....307, 2ª y 308, 2ª

— 329 —

SIMULACION (Demandas de nulidad que deben tomarse como de simulación)

Como lo ha aceptado la Corte, es preciso entender las demandas de nulidad en el sentido de que son acciones de simulación, cuando del libelo aparece claramente que es ésta y no aquélla la acción incoada. (Casación Civil. Mayo 11 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 305, 1ª

— 330 —

SIMULACION (Si terceros interesados en la declaración de simulación dicen RATIFICAR, significa simplemente que renuncian al derecho de demandar esa declaración)

El fenómeno de la ratificación, según el artículo 1755 del C. C., es procedente sólo en materia de actos afectos de nulidad relativa y, de acuerdo con la Ley 50 de 1936, también en los viciados de nulidad absoluta, cuando no se origina en un objeto o causa ilícitos. Mas, si terceros interesados en la declaración de una simulación, dicen ratificar, significa simplemente que renuncian al derecho de demandar esa declaración. Las calificaciones de los hechos no hacen los hechos. (Casación Civil. Mayo 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 360, 1ª

— 331 —

SIMULACION (Acción de los herederos del que celebró el acto aparente, en nombre del causante y en nombre propio.—Pruebas)

Conforme a doctrina sustentada por la Corte en numerosos fallos, tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato, por sus herederos, o por todo el que tenga interés jurídico de obtener esa prevalencia. Cuando el acto ostensible consta por escrito, los herederos del que lo celebró, al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar, es decir, para ejercer la ac-

ción heredada, están obligados como éste, a dar la prueba del acto oculto por escrito; o por un principio de prueba por escrito completado con testigos, indicios y todo otro medio probatorio, o por la confesión de la otra parte. Caso distinto es que los herederos quieran probar que el acto aparente se celebró con fraude de sus derechos de herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas, caso en el cual son terceros respecto del causante y del otro contratante, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que lo sustrae a la prenda común de los acreedores. La prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementado por todo otro medio de prueba. Entonces pueden acudir a la prueba indicial, a testigos, presunciones, etc. (Casación Civil. Junio 27 de 1955. Tomo LXXX. Nº 2154) .....471, 1ª y 2ª

— 332 —

SIMULACION (Acción de los herederos del que intervino en acto simulado)

Según doctrina expuesta por la Corte en varios fallos, cuando el acto ostensible consta por escrito, los herederos, al ejercitar la acción de simulación, se encuentran por lo que hace a la prueba en la misma situación que el causante, es decir, sólo pueden acreditar la contraestipulación por medio de escrito, confesión, o principio de prueba por escrito, completado con otros elementos probatorios. En otros términos: Respecto de un acto del causante que se dice simulado, el heredero es considerado como parte; sólo en un caso excepcional puede invocar la calidad de tercero: cuando defiende un derecho propio contra una simulación del causante que ha sido enderezada contra él, es decir, efectuada con el fin de defraudar o perjudicar los derechos que al heredero le corresponden legalmente. En esta situación se encuentran los legitimarios respecto de donaciones ocultas bajo la apariencia de venta, rechazadas con el fin de desconocer o menoscabar las legítimas. (Casación Civil. Julio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) .675, 2ª y 676, 1ª

— 333 —

SIMULACION

El recurrente considera desacertada la tesis del Tribunal de que cuando la declaración de que un contrato es simulado es impetrada por los herederos de uno de los contratantes rige la restricción probatoria establecida por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 "porque si con la acción de que se trata se recobra un bien para la sucesión, el heredero es un tercero que tiene interés personal y directo, y que si el contrato fue celebrado por un apoderado, el poderdante no estuvo en posibilidad de proveerse de la contraescritura o principio de prueba por escrito".

La Corte considera refutado lo anterior con los razonamientos expuestos por la Sala Plena de Casación Civil, en fallo de 8 de junio de 1954, que contempló un caso semejante al actual. (G. J. número 2142, págs. 796 y 797). (Casación Civil. Julio 25 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 731, 2ª

— 334 —

SINIESTRO MARITIMO

La coincidencia del hundimiento de las embarcaciones con la tempestad que se desató en torno a ellas en la noche del accidente, no puede servir para estimar que la causa determinante del siniestro fuese el temporal marítimo. (Sala de Negocios Generales. Julio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 888, 2ª

— 335 —

SOCIEDAD ANONIMA. — RESPONSABILIDAD DEL ACCIONISTA (El accionista de una sociedad anónima disuelta y liquidada no queda libre del pasivo social por la sola circunstancia de que el liquidador no proveyera al pago de las deudas, antes de distribuir bienes entre los accionistas)

Es característica la responsabilidad de los herederos por las deudas hereditarias a prorrata de sus cuotas (artículo 1411 del Código Civil), como es ineludible para el accionista de sociedades anónimas disueltas y liquidadas una responsabilidad de la misma índole por las deudas sociales, con la limitación, muy clara por demás, de que no les son exigibles sino hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la partición, siempre que por otro aspecto sus acciones se encontraran íntegramente pagadas como aportante al capital común.

Y así como al heredero no le valdría para eximirse del pago de las deudas el hecho de que el partidor no hubiese formado lote o hijuela para atenderlas, según los artículos 1393 y 1343 del Código Civil, del propio modo el accionista no puede quedar libre del pasivo social, por la sola circunstancia de que el liquidador no proveyera al pago de las deudas, antes de distribuir bienes entre los accionistas. Las reglas de la partición así lo exigen tanto en las sociedades como en las herencias: no hay masa divisible mientras no se deduzca el importe de las deudas, y el no proveer a satisfacerlas, en nada afecta el interés de quienes no han sido partes en el acto de liquidación. (Casación Civil. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 374, 2ª

— 336 —

SOCIEDAD CIVIL (Cuando existe documento escrito, queda descartada la noción de sociedad civil de hecho)

Cuando existe un documento escrito, queda descartada la noción de sociedad civil de hecho, porque en estas sociedades el hecho del consentimiento se acredita por medio de inferencias; pero cuando existe el documento, entonces el instrumento escrito es lo que viene a demostrar la existencia de la sociedad. (Casación Civil. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 384, 1ª

— 337 —

SOCIEDAD COMERCIAL (Es de esta naturaleza la que tiene por objeto ocuparse en la compra de ganados para levantarlos o para cebarlos y luego revenderlos, derivando utilidades para repartir, aunque los socios no sean comerciantes)

No es sociedad de tipo comercial la celebrada entre dos personas no comerciantes y para negocios de producción de ganados, que no son actos de comercio, ya que esa actividad está excluída expresamente de la calificación de los actos de comercio, según lo enseña el artículo 22, inciso 4º, del Código de Comercio.

En cambio, es sociedad comercial la que tiene por objeto ocuparse en la compra de

ganados para levantarlos o para cebarlos y luego revenderlos, derivando así utilidades para repartir, aunque los socios no sean comerciantes. Es decir, para determinar si la sociedad es civil o comercial, debe tenerse en cuenta, principalmente, el objeto sobre que versan los negocios sociales. (Casación Civil. Mayo 31 de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 382, 2ª

— 338 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Venta de bienes sociales por el cónyuge sobreviviente, sin que previamente se haya procedido a su liquidación)

Sobre el inmueble social, antes de liquidarse la sociedad conyugal y la sucesión del marido, no tiene la viuda sino el derecho que le confiere el antecedente de haber sido miembro de la sociedad formada por su marido, esto es, un derecho de cuota en la universalidad herencia, con el carácter de heredera de su esposo o con derecho a porción conyugal, simplemente, siendo abstractos estos derechos, cuya existencia y monto sólo se concreta y precisa al liquidarse la sociedad y la sucesión.

Por tanto, no puede la viuda enajenar el fundo como cuerpo cierto, como si la etapa de la liquidación y adjudicación se hubiese agotado y en ella se le hubiera atribuido la propiedad del bien. Vendido en tal forma, el acto queda sometido a las reglas de la venta de cosa ajena, según los artículos 779 y 1401 del C. C., y como de acuerdo con el artículo 1871, una venta de esa especie, vale, sin perjuicio del derecho del verdadero dueño (aquí sociedad conyugal y sucesión), la demandante, en su calidad de hija legítima del referido matrimonio, reivindica para la sociedad y la mortuoria ilíquidas. La titularidad del derecho corresponde a éstas, por haber sido adquirido por la mujer durante el matrimonio, a título oneroso. La sociedad de la Ley 28 de 1932 se nutre de las mismas fuentes que alimentaban la sociedad conyugal del C. C. Disuelta la sociedad por el fallecimiento del marido y abierta la sucesión del mismo, el bien pertenece a los dos entes universales, de modo que al demandar obra la actora en ejercicio del derecho de cuota que tiene, esto es, su posición está legitimada en la causa, y al demandar para la sociedad y la sucesión ilíquidas, reconoce que la titularidad del dominio existe en éstas. (Casación Civil. Abril 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....99, 2ª y 100, 1ª

— 339 —

SOCIEDAD DE HECHO (A todo instante se puede considerar como disuelta)

Siendo una sociedad, de hecho, a todo instante se puede considerar como disuelta aun cuando nadie se haya muerto, ni haya vencido término alguno, aún estipulado, pues en ningún momento puede tener subsistencia legal y en todo instante es procedente la liquidación para sacar lo que cada cual haya aportado a la sociedad. (Casación Civil. Junio 1º de 1955. T. LXXX. Nº 2154). 403, 2ª

— 340 —

SOCIEDAD DE HECHO (La liquidación es previa al retiro de los aportes)

En una sociedad de hecho formada al tenor del artículo 2083 del C. C., se contempla como medida previa, para sacar los aportes la liquidación social; claro que antes de retirar beneficios, porque éstos no los habrá sino sobre el remanente o sobrante de que se disponga después de apartar, descontar o tomar los aportes; pero esto no se concibe sino después de hecha la liquidación, porque antes no se sabe si tales aportes se han per-

dido en todo o en parte; eventualidad posible y frecuente. (Casación Civil. Junio 1º de 1955. T. LXXX Nº 2154)..403, 2ª y 404, 1ª

— 3 —

— 341 —

TESTAMENTO (Es siempre un acto solemne)

El testamento, según el artículo 1055 del C. C. ,"es un acto más o menos solemne". Así pues, el testamento es siempre un acto solemne, lo que vale decir que su existencia jurídica depende del cumplimiento de las formalidades externas exigidas por la ley en cada caso: forma dat esse rei. Expresa el artículo 1064 del C. C. que "el testamento es solemne o menos solemne" y agrega: "Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley". Aún en los testamentos solemnes, no privilegiados, puede haber mayores o menores formalidades externas. Así el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse ante notario o ante sólo testigos, siendo este último menos solemne que el primero, pues en materia testamentaria la mayor solemnidad es la presencia del notario, funcionario del Estado que da fe pública de la ejecución del acto y por lo mismo se hace responsable de cualquier inexactitud o falsedad en su otorgamiento. (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....749, 1ª y 2ª

— 342 —

TESTAMENTO ABIERTO O NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS

Según los artículos 1070 y 1071 del C. C., el testamento abierto o nuncupativo puede otorgarse o bien ante notario y tres testigos, o bien ante sólo cinco testigos. Pero la ley no permite esta última forma sino en dos casos: a) "en los lugares en que no hubiere notario", o sea, en los municipios que no fueren cabecera de Circuito de Notaría; b) en el caso de que "faltare este funcionario", o sea, por falta accidental del notario, por no hallarse "expedito" (C. C. artículo 2578), a causa de ausencia del lugar, enfermedad u otra circunstancia semejante. La Corte ha dicho que "la ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar en que ha de otorgarse el testamento no hubiere notario, o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción, la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos". (Casación, abril 16 de 1942, LIII. 330; agosto 25 de 1947, LXII, 666). (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 749, 2ª

— 343 —

TESTAMENTO ABIERTO O NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS (Formalidades esenciales)

Las formalidades esenciales que deben observarse en el testamento abierto ante cinco testigos, son las mismas exigidas respecto del testamento nuncupativo ante notario y tres testigos, a más de las que están destinadas a darle el carácter de documento pú-

blico de que carece inicialmente. Entre uno y otro testamento no hay más diferencia que la sustitución del notario por dos testigos más. Tales solemnidades son las siguientes (C. C., artículos 1072, 1074 y 1075): a) La presencia de cinco testigos a quienes el testador hace sabedores de sus disposiciones que es "lo que constituye esencialmente el testamento abierto"; b) La presencia del testamento "en todas sus partes por el testador" y "por unos mismos testigos"; c) La declaración de las disposiciones testamentarias, hecha por el testador a los cinco testigos; d) Escrito el testamento, su lectura total en alta voz "por uno de los testigos designado por el testador a este efecto", estando "el testador a la vista" y hallándose presentes los testigos "que oirán todo el tenor de sus disposiciones"; e) Las firmas del testador y de los cinco testigos, una vez concluída la lectura, hallándose conforme con ella el testador. Si éste "no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa", y "si se hallare otro de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así". (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....749, 2ª y 750, 1ª

— 344 —

TESTAMENTO ABIERTO O NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS (Unidad del acto testamentario)

Desde el principio hasta el fin, el otorgamiento del testamento debe ser presenciado por unos mismos testigos. No pueden los testigos o algunos de éstos hallarse presentes a sólo una parte del acto y oir algunas disposiciones testamentarias, y ausentarse dejando otro u otros testigos que presencien el resto de la lectura y su firma. Cuando la ley requiere la presencia del testamento en todas sus partes por el testador y los testigos, manifiesta claramente la exigencia de la unidad del acto en cuanto al tiempo, aunque de modo expreso no lo disponga así como en el testamento cerrado, respecto del cual establece el inciso 7º del artículo 1080 del C. C. que "durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere". La unidad del acto testamentario, cuanto a las personas y cuanto al tiempo, era regla consagrada por el derecho romano y la ley de Partidas, fuentes del código chileno en el establecimiento del testamento nuncupativo, reglamentado de igual manera en la legislación colombiana. Tal regla es exigida en el otorgamiento del testamento abierto ante cinco testigos, conforme al parecer unánime de la doctrina de los expositores colombianos y chilenos. (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).750, 1ª

— 345 —

TESTAMENTO ABIERTO O NUNCUPATIVO ANTE TESTIGOS (Diligencias de publicación)

Como el testamento nuncupativo celebrado ante sólo testigos, es inicialmente sólo un documento privado en cuyo otorgamiento no ha intervenido notario ni otro funcionario público, la ley exige el cumplimiento de determinadas diligencias ante juez competente para convertirlo en documento público. Tales son las diligencias que la ley llama de publicación y que algunos autores denominan de legalización, las cuales constituyen formalidades esenciales del propio acto testamentario, sin cuyo cumplimiento el testamento carece de existencia jurídica. Los artículos 1077 del C. C. y 933 del C. J. señalan los requisitos y trámites que deben seguirse

para la publicación del testamento nuncupativo otorgado ante testigos. El juez competente, a quien se haga la petición acompañada del testamento y de la prueba de la muerte del testador, hace comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otra causa, bastará que los testigos presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes. En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas. Los testigos instrumentales reconocen sus firmas y la del testador mediante declaración jurada tomada por el juez con las mismas formalidades con que se recibe cualquier testimonio. Aunque en principio, la deposición de los testigos instrumentales se reduce al mero reconocimiento de sus firmas y de la del testador, el juez puede formular las preguntas tendientes a esclarecer y completar su declaración a fin de cerciorarse si en verdad se ha realizado el otorgamiento del testamento por la persona a quien se atribuye y ante los testigos que aparecen en él como tales y que lo suscriben. Recibidas las correspondientes declaraciones, el juez y su secretario pondrán sus rúbricas en cada página del testamento, y después de haberlo declarado el juez testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará protocolizar junto con todo lo actuado, al notario respectivo, previo el correspondiente registro. Con el lleno de las anteriores formalidades, el testamento nuncupativo que sólo fue otorgado como instrumento privado queda convertido en instrumento público. "Sin esta publicación —como dice Claro Solar— el otorgamiento del testamento puede decirse que no está terminado". Las diligencias judiciales de publicación del testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos, constituyen acto de jurisdicción voluntaria y no juicio contencioso entre las partes. No puede admitirse, en consecuencia, gestión de persona interesada en oponerse al perfeccionamiento del acto testamentario. Desde luego, la resolución del juez con que terminan las diligencias, al declarar nuncupativo el testamento y ordenar su protocolización, no implica el desconocimiento de los derechos de quienes quieran demandar en juicio ordinario la nulidad del testamento, aduciendo allí las pruebas correspondientes. (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 750, 2ª y 751, 1ª

— 346 —

TESTAMENTO ABIERTO O NUNCUPATIVO (Requisitos ad-solemnitatem)

El testamento nuncupativo en que se omitiere cualquiera de las formalidades esenciales "no tendrá valor alguno", según el artículo 11 de la Ley 95 de 1890. Tratándose de un acto solemne, en general, la omisión de una de esas formalidades esenciales acarrea la invalidez o nulidad absoluta del testamento, con aplicación de la norma general consagrada en el artículo 1741 del C. C. De consiguiente las formalidades anteriormente mencionadas atinentes a la unidad del acto testamentario cuanto al tiempo y cuanto a las personas, son exigidas por la ley como requisitos **ad solemnitatem** cuya preterminisión engendra nulidad absoluta. Se objeta que de esta manera por la exigencia rigorosa de tales formalidades, se menoscaba la libertad de testar y se desconoce la legítima voluntad del testador. Esta objeción carece de valimiento. La ley exige tales requisitos externos en atención a la naturaleza misma del acto testamentario, no por mero e inútil formalismo. Se quiere que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne, para que quede una prueba precons-

tituída sobre sus disposiciones y se evite en lo posible el fraude y las falsificaciones y para que un acto de tanta importancia y trascendencia en la vida jurídica se cumpla en la forma más clara, precisa y reposada. Como decía Jaubert, uno de los informantes del Código de Napoleón, "los testamentos se otorgan en el último momento de la vida, y por esto es útil multiplicar las precauciones en favor de un individuo que puede estar sitiado por la intriga y la codicia". (Casación Civil. Julio 28 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....751, 1ª y 2ª

— 347 —

TESTIMONIO (Crítica del)

En el vigente estatuto procesal penal la apreciación de la credibilidad del testigo es función más autónoma del Juez. Por eso, cuando el artículo 313 de la Ley 94 de 1938 dice que para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, tan sólo señala como requisito la de ser estos testimonios apreciados conforme a lo establecido en el artículo 224, es decir, teniendo en cuenta las normas sobre la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las del objeto a que su declaración se refiere o comprende, las circunstancias en que ha sido percibida y en aquellas en que se rinda la declaración. Todo un conjunto de exigencias, es verdad, pero todas ellas de apreciación subjetiva, y en eso consiste la importancia de la reforma, que la jurisprudencia se ha encargado de relievar. (Casación Penal. Abril 13 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....120, 2ª y 121, 1ª

— 348 —

TESTIMONIO (Retractación del testigo)

La retractación no es por sí misma causal que destruya, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien la hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso. (Casación Penal. Abril 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2153).....139, 1ª

— 349 —

TESTIMONIO (En la prueba testimonial, la declaración debe ser un acto del declarante)

En la prueba testimonial, la declaración debe ser un acto del declarante y no una reproducción fiel del interrogatorio que le presenta la parte interesada en obtener la prueba. Así como no vale la declaración del testigo que se reduzca a decir "es cierto lo que se me pregunta", tampoco tiene fuerza de prueba la manifestación que se reduce a responder repitiendo textualmente la pregunta, porque esto equivale a responder "es cierto" y nada más. (Casación Civil. Junio 21 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....442, 2º

— 350 —

TESTIMONIO (El parentesco no hace incapaz al declarante sino sospechoso)

El parentesco no hace **incapaz** al declarante sino **sospechoso**: "Toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero al Juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio...", reza el artículo 224 del Estatuto Procesal vigente; y, como lo ha dicho la Corte, "Sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el juez... puede fundar una condena sin que por ese hecho se incurra en nulidad procedimental" (LXIII, 178) y "El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o rechazarse" (LXIV, 854).

Anotaciones semejantes caben acerca del testimonio de referencia, que al no versar sobre la percepción inmediata del hecho investigado sino sobre su historia, bien puede contribuir a robustecer la persuasión judicial, en especial cuando coincide con la versión del confesante, no contradicha sustancialmente en el proceso. (Casación Penal. Junio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2154)..... 542, 1ª y 2ª

— 351 —

TESTIMONIO (Su valor probatorio)

La prueba testimonial tiene valor probatorio en cuanto ella es reflejo de la verdad real, producto de hechos y relato fiel de testigos. No es el acuerdo armónico en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo lo que da valor intrínseco al testimonio, o la pluralidad de testigos lo que determina la convicción del juzgador; es la exposición más o menos fiel de los hechos y la forma como fueron percibidos en las circunstancias que se dejan expuestas, lo que desentraña la verdad. La valoración de la prueba testimonial no está sujeta a tarifa legal de pruebas, sino a la libre apreciación del Juez, no ilimitada sino circunscrita a las normas de la crítica del testimonio; es decir, a las condiciones sociales y personales del testigo, al objeto del testimonio, a las circunstancias en que fue percibido y a aquellas en que se rinde la declaración, condiciones éstas que sirven para aceptar o rechazar la prueba testimonial.

Las respuestas, casi acordes con el interrogatorio, lejos de presuponer que el testigo dice la verdad, conllevan un principio de sospecha y un acuerdo previo de los declarantes sobre los puntos objeto de su testimonio. No puede decirse que el testimonio es espontáneo y reflexivo cuando la respuesta contiene la reproducción de la pregunta, pues estos testimonios no se admiten para demostrar hechos que son materia del debate procesal. La ley los rechaza por dudosos y porque su contenido no prueba nada. (Artículo 239 del C. de P. P.). (Casación Penal. Junio 14 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).... 547, 2ª y 548, 1ª

— 352 —

TESTIGOS (Valor de su rectificación a una primera versión)

No se puede dejar al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera. (Casación Penal. Junio 7 de 1955. T. LXXX. Nº 2154) 525, 1ª

— 353 —

TRABAJOS PUBLICOS. - EXPROPIACION

Véase "Ocupación de la propiedad privada por vías de hecho con ocasión de trabajos públicos" en el número 237 de este Indice).

— 354 —

TRANSACCION (Sobre derechos inmuebles)

No por versar sobre derechos inmuebles el litigio que se pretenda finalizar con la transacción, ha de requerir ésta de las formalidades o solemnidades propias de los negocios sobre bienes raíces.

A este respecto la Corte se pronunció en sentencia de 22 de marzo de 1949, Tomo LXV, pág. 634. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....696, 2ª

— 355 —

TRANSACCION (Anulación de transacción causa del desistimiento del recurso de casación)

Anulada una transacción causa del desistimiento del recurso de casación, éste último como efecto de aquélla, no puede producir a su vez efectos jurídicos. (Casación Civil. Julio 12 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).. 697, 1ª

— 356 —

TRANSPORTE MARITIMO (La cláusula de no responsabilidad)

La cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte marítimo, conforme a la jurisprudencia consignada en varios fallos de la Corte, es lícita y produce efectos respecto del transporte de carga, siempre que no se compruebe culpa grave de parte del acarreador. (Ver G. J. Tomo LXII, pág. 680). (Sala de Negocios Generales. Julio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....889, 1ª

—357 —

TRANSPORTE MARITIMO (Artículo 353 del C. de Co.)

El artículo 353 del Código de Comercio Marítimo establece que "si el naufragio o varamiento procediere de que la nave no fue convenientemente reparada o pertrechada para el viaje, el naviero responderá exclusivamente a los cargadores de los perjuicios causados a la carga...". Este es el caso que se contempla en los autos, pues las naves no fueron acondicionadas adecuadamente para su defensa antes del viaje. (Sala de Negocios Generales. Julio 22 de 1955. T. LXXX. Nº 2155) 889, 1ª

— V —

— 358 —

VEREDICTO ("Sí es responsable, pero sin propósito de matar")

"Sí es responsable, pero sin propósito de matar".

El veredicto afirma la responsabilidad; declara que el acusado es autor de la muerte de Buitrago y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el Jurado hubiera negado la responsabilidad en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte de Buitrago, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión

"pero sin propósito de matar", no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional.

La respuesta del Jurado no implica un veredicto contradictorio, porque la frase "sí es responsable", parte primera, "pero sin propósito de matar", parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homocidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie del homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción.

Es evidente que el Juri en su veredicto puede afirmar —como en este caso— "sí es responsable, pero sin propósito de matar"; pero esta respuesta —se repite —no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa un hecho. Sólo que, cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por el Jurado, corresponde al Juzgado o Tribunal —según el caso— desentrañar el pensamiento exacto de la respuesta mediante la interpretación del veredicto para fijar el alcance de esa responsabilidad y acomodarla en las disposiciones de la ley penal.

La jurisprudencia de la Corte, citada tanto por el Juez como por el Tribunal, sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta o del contenido del auto de proceder o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la jurisprudencia de la Corte —como en el de estudio— no tiene ninguna operancia lo contrario— aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad. (Casación Penal. Julio 8 de 1955. T. LXXX. Nº 2155)...783, 1ª y 2ª

— 359 —

VEREDICTO (Redacción)

Si es innegable que en el uso del lenguaje se le escapan incorrecciones aún a los doctos, no existe razón para exigirle a los miembros del Tribunal del Pueblo un puritanismo acabado y que acomoden los términos de los veredictos a su exacta traducción lexicográfica. (Casación Penal. Julio 27 de 1955. T. LXXX. Nº 2155).....823, 2ª

— 360 —

VICIOS REDHIBITORIOS (Tanto el comprador como el vendedor están equiparados en el conocimiento de los vicios ocultos de la cosa vendida)

Tanto el comprador como el vendedor están equiparados en el conocimiento de los vicios ocultos de la cosa, pues el artículo 1915 se refiere al comprador y el 1918 se refiere al vendedor: ambos deben examinarla para saber si está en buenas condiciones y puede ser objeto de la compraventa pretendida; ninguno puede reclamar si incurre en negligencia grave al respecto; ni tampoco puede alegar ninguno la rescisión si en razón de su profesión y oficio, han debido

conocer tales vicios. (Casación Civil. Junio 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....451, 2ª y 452, 1º

— 361 —

VICIOS REDHIBITORIOS (Negligencia del comprador al ignorar vicios ocultos de la cosa vendida)

Planiol y Ripert advierten que el vicio no es oculto cuando, si bien escapa a la percepción de un comprador inexperto, surge inmediatamente a los ojos de una persona más competente, porque el comprador que conoce su impericia debe acudir a personas competentes, pues si no lo hace, incurre en culpa por haber confiado demasiado en su capacidad. En cuanto a automóviles, trae la jurisprudencia francesa, según la cual es vicio oculto el que no hubiera podido ser descubierto sino "por un perito que efectuase verificaciones o exámenes minuciosos o después de varios miles de kilómetros de circulación", ya que el comprador no está obligado a someter la cosa "a un examen que exija investigaciones científicas especiales".

En el caso particular, si el vendedor no tenía como profesión u oficio el de negociar automóviles ni el comprador conocía la técnica mecánica de automotores, tuvo razón el Tribunal al expresar que la negligencia fue de éste, al no hacer revisar la cosa comprada por un experto, para saber el estado del vehículo. (Casación Civil. Junio 23 de 1955. T. LXXX. Nº 2154).....452, 1ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXX DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
19	94
31	94
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
16	94
17	177
20	115
22	149
23	149
25	149, 322
26	24, 103, 149, 178
29	149
30	94, 149, 155, 160, 287
31	149
32	201
33	287
34	148
36	149
37	148
39	148
41	149
43	197
44	149
49	149
53	149
55	18
58	17
76	197
79	197
80	197

Artículos	Números
90	215
121	150
122	215
136	17
137	215
141	215
151	215
152	215
154	17, 215
155	17
157	17
158	17
164	215
170	215
191	197
192	215
193	215
197	197
212	215
214	215
216	215
CODIGO CIVIL	
16	228
92	170
214	170
220	170
287	170
398	166
399	166
489	180
779	388
946	298

Artículos	Números
950	306
951	306, 307
984	268
1055	341
1064	341
1070	342
1071	342
1072	343
1074	343
1075	343
1077	345
1080 inc. 7º	344
1240	183
1343	335
1379	243
1383	243
1393	335
1394	243
1401	338
1411	335
1527	236
1539	31
1546	20
1593	28
1600	20
1610	282
1741	346
1746	86
1755	330
1759	213
1859	29, 30
1860	29, 30
1861	29
1871	338
1873	267
1915	360
1918	360
1932	29
1979	29
2083	340
2142	225
2144	225
2145	225
2150	225
2189	226
2190	226
2191	226, 227
2193	226
2199	227
2212	236
2315	236
2341	105
2347	105, 312, 313
2578	342
2595	213

CODIGO DE COMERCIO

21 inc. 2º	19
22 num. 2º	19
22 num. 4º	19, 337

CODIGO DE COMERCIO MARITIMO

353	358

CODIGO PENAL

19	212
20	212
29	102
33	274
36	80
92	252
95	253
100	124
105	274
168	278
196	8
209	212
211	212
365	188

CODIGO JUDICIAL

7	115, 116
46	40
214	295, 302
215	295, 297, 302
265	226
266	226
343	72
448 ord. 2º	234, 256
465 num. 4º	124
472	54
482	16
496	308
497	308
520 num. 1º	50, 52, 73

Artículos	Números
520 num. 2º	73, 74
520 num. 6º	256
522	53, 54
531	65
555	325
556	325
571	308
636	286
659	222, 223
697	166
702	287
705	253
933	345
1136	59
1138	59

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

11	208, 210
24	252
25	208
28	209
42 num. 4º	83
57	41
65	83
67	83
73 num. 4º	194, 195
73 num. 7º	195
79	179
95	124
153	38
159	324
198	24, 232
198 num. 8º	131
199	24, 232
224	347, 350
239	351
271	310
273	277
276	310
294	310
294 num. 5º	24
313	347
374	24
375	24
431	37
446	24
502	102
567	60
567 num. 5º	79

Artículos	Números
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
123	179
251	115, 116
252	116
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
Ver Ley 167 de 1941.	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
Ver Decreto 2158 de 1948.	
LEYES ESPECIALES	
Ley 57 de 1887.	
333	213
Ley 153 de 1887.	
5	130
8	130
48	130
89	281
91	333
Ley 95 de 1890.	
6	170
11	346
Ley 21 de 1931	
10	2
Ley 37 de 1931	
—	258
Ley 28 de 1932	
—	105, 338
Ley 39 de 1933.	
1	223

Artículos	Números
Ley 45 de 1936.	
—	184
1	186
4	167, 183, 185
4 ord. 4º	165
4 ord. 5º	165, 166
6	166
7	166
Ley 50 de 1936.	
—	330
Ley 96 de 1936.	
4	193
Ley 160 de 1936.	
5	257, 258
6	258
7	257, 258
Ley 167 de 1941.	
269	154, 159, 237
Ley 3ª de 1945.	
7	221
122	221
Ley 6ª de 1945.	
12 ord. 6º, inc. 5º	217
Ley 66 de 1945.	
1	282
Ley 69 de 1945.	
—	7, 8
16	2

Artículos	Números
DECRETOS	
Decreto 2158 de 1948.	
151	217
Decreto legislativo 1125 de 1950.	
—	221
Decreto legislativo 3665 de 1950.	
—	321
4	322
Decreto legislativo 1857 de 1951.	
1	322
2	322
Decreto legislativo 656 de 1953.	
—	110
10	198
11	198
Decreto legislativo 1814 de 1953.	
—	265, 266
Decreto legislativo 1897 de 1953.	
—	265
Decreto legislativo 2900 de 1953.	
—	265
Decreto legislativo 1426 de 1954.	
—	265, 266

INDICE ALFABETICO

— A —

Aguirre Alfonso y otros. — Colisión de competencias ... 554

Andrade Luis Ignacio y señora contra la Nación. — Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos ... 564

Araújo José María contra Rafael Macías. — Ordinario sobre restitución de una suma de dinero ... 319

Archila León Isaías contra Pedro Abel Rincón. — Se pronuncia sentencia de instancia después de casar la pronunciada por el Tribunal en este juicio ordinario ... 301

Acosta Carlos Arturo. — Se abstiene la Corte de investigar la denuncia formulada contra este Magistrado del Tribunal de Bogotá por violación de la reserva del sumario ... 130

Arias Luis contra Bernardo Fandiño. — Ordinario reivindicatorio ... 76

— B —

Bohórquez Jorge contra Luis Carlos Díaz. — Acción reivindicatoria ... 431

Brasch Erwin contra Alicia Castro de Abello. — Ordinario sobre responsabilidad contractual ... 682

Buj Cesáreo y otra contra Horacio Buj Ibáñez. — Ordinario sobre nulidad y simulación de un contrato ... 31

Bustamante Braulio Antonio. — Casación por lesiones personales ... 544

— C —

Caicedo Gil Antonio. — Cesación del procedimiento por muerte del procesado ... 780

Cáliz Amador Electo. — Se confirma la providencia que ordenó cesar todo procedimiento contra él y se ordena abrir una investigación ... 495

Camejo, Lilia Manrique de, contra la Nación. — Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos ... 576

Cantillo, Reinera Igiro v. de, contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Se declara nulo lo actuado en este juicio ordinario ... 871

Cardoza Ortiz Alfonso. — Se declara infundado el impedimento manifestado por este Magistrado del Tribunal de Cali para conocer del proceso contra el Dr. Carlos Alberto Olano ... 514

Cardoza Ortiz Alfonso. — Se declara fundada la causal de recusación formulada contra este Magistrado para conocer de un proceso penal ... 799

Castillo Oliverio contra José Hernández y otro. — Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con el abuso del derecho de litigar ... 283

Castillo Teófilo contra José Santana Chacón. Ordinario sobre restitución de una suma de dinero ... 407

Castrillón o Alvarado Antonio contra los sucesores de Gerardo Castrillón. — Ordinario sobre filiación natural ... 717

Castro Medardo contra Jorge Sabogal H. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 648

Castro Márquez Mario. — Se declara infundado el impedimento manifestado por este Fiscal ad-hoc para conocer de un proceso penal ... 774

Castro Trespalacios Pedro. — Se confirma la cesación del procedimiento decretada a su favor ... 831

Cepeda Molina Castor A. — Se confirma la orden de cesar el procedimiento adelantado en el proceso contra éste ... 534

Cimini Bosco. — Solicitud de exequatur de una sentencia extranjera. ... 462

Compañía Industrial del César S. A. contra la Nación. — Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos ... 845

Contreras José Manuel y otros. — Casación por robo ... 118

Contreras, Carmen Rosa Suárez v. de, contra Emma Vega v. de Suárez y otros. — Ordinario sobre simulación ... 468

Contreras Vallejo José Roso y otra contra el Departamento de Boyacá. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 174

Cruz D. Tomás contra Gerardo Reyes. — Acción reivindicatoria ... 703

— D —

De la Cuadra Eduardo. — Demanda especial de pertenencia ... 419

Decreto Legislativo 2072 de 1950. — Exequibilidad de sus artículos 1º, 2º y 3º ... 1

Decreto Legislativo 3564 de 1950. — No hay lugar a resolver sobre su inconstitucionalidad ... 644

Decreto Legislativo 636 de 1953. — Exequibilidad de sus artículos 10, 11 y 12 ... 630

Delgado A. Roberto. — Juicio de sucesión. Recurso de hecho ... 700

Delgado Gutiérrez Pedro y otros contra la Nación. — Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos ... 222

Departamento del Atlántico contra Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. — Acción exhibitoria de libros de comercio. — Se revoca un auto que ordenó no dar curso a un memorial durante el trámite de una articulación ... 572

Devis Echandía Julián. — Colisión de competencias ... 492

Díaz Botello Modesta contra Sixta Tulia Valdés de Vargas. — Ordinario sobre nulidad de un contrato ... 27

Díaz Manrique Florentino y otra contra el Municipio de Gigante. — Ordinario sobre perjuicios ... 714

Díez S. Eduardo y otras (como herederos de Wenceslao Díez y Dolores Saldarriaga) contra Francisco Luis Acosta. — Acción reivindicatoria ... 426

Duque Julio contra Celia Duque de Duque. Se niega el recurso de súplica contra el auto que aprueba la liquidación de costas 406

— E —

Echeverri V. Eulogio contra la Nación. — Acción de indemnización de perjuicios ocasionados en siniestro marítimo ... 608

Echeverri Restrepo Ignacio. — Casación por peculado ... 786

Espinosa Matilde y otro contra Heliodoro Villegas Daza. — Ordinario sobre filiación natural ... 70

Espinosa Matilde y otro contra Heliodoro Villegas Daza. — Se aclara el fallo de que se da cuenta en el aparte anterior de este Indice ... 75

Estrada Escobar Ricardo y otro. — Se revoca la cesación del procedimiento decretada a su favor por cargos de responsabilidad ... 122

— F —

Feria Blanco Máximo y otros. — Colisión de competencias ... 836

Ferrer Denis Hugo. — Se reforma el sobreseimiento definitivo proferido a favor de este ex-Fiscal del Juzgado Superior de Quibdó ... 810

Forero Juan Nepomuceno. — Se niega el recurso de revisión del proceso contra aquél 622

Franco Quintero Fernando. — Desistimiento del recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél 550

— G —

Gamboa Leonor contra Enrique Antonio Mosquera Wallis y otra. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 456

Garcés Echeverri Francisco. — Se confirma la cesación del procedimiento decretada por cargos de detención arbitraria 124

García Henao Carlos. — Juicio de sucesión 423

Garibello Zambrano Vicente y otra contra herederos de Vicente Garibello Murillo. Juicio ordinario. — Recurso de hecho . . 362

Gaviria, Carmen Lalinde de, contra Carlos Flórez y otros. — Ordinario sobre nulidad de una escritura 338

Giraldo Correa Luis contra la sucesión de Leopoldo Tabares (representada por su cónyuge supérstite Emilia Rosa Chica y sus hijos Miguel A. y Clarisa Tabares) — ordinario sobre filiación natural 59

Giraldo Valencia Julio David. — Casación por homicidio 781

Gómez Arévalo Manuel J. — Se abstiene la Corte de conocer del incidente de colisión de competencias por estar mal tramitado 830

Gómez de Lavalle Simón y otros contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero. — Colisión de competencias 600

Gómez Rincón Ignacio. — Acuerdo de Sala Plena aprobado con motivo de su fallecimiento 629

Gómez Serna Julia contra Alfonso Quintero y otra. — Ordinario sobre declaración de nulidad de una transacción 692

González Miranda Rufino contra la Nación. Ordinarios acumulados sobre propiedad del subsuelo petrolífero y oposición a la propuesta hecha por la Compañía de Petróleos San Andrés para explorar y explotar petróleo 157

Gutiérrez Mejía Pedro. — Sobreseimiento definitivo a favor de este Magistrado del Tribunal Superior de Manizales por cargos consistentes en demoras ocurridas en la tramitación de un proceso penal 147

Guatavita Rodríguez Celedonio y otros contra Pedro Aldana y otros — Ordinario reivindicatorio 347

— H —

Hernández Mora Alberto (como curador ad-litem de Silvia, Alberto y Rómulo Borrero Brunner) contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero de una finca 581

Herrera Gilberto contra Fabriciano Bedoya Acción reivindicatoria 434

Herrera o Quintero Alfonso y Octavio contra Inés Rojas v. de Herrera y otros. — Ordinario sobre filiación natural 324

Hosman Salim A., contra Marco S. Vera y otra. — Juicio de deslinde 35

— I —

Instituto de Crédito Territorial contra Alvaro Andrade Montaño. — Se decreta la práctica de unas pruebas en este juicio 562

— L —

Ley 34 de 1932. — Exequibilidad de su artículo 1º 277

Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo) — Inexequibilidad de sus artículos 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268. 243

Ley 167 de 1941. — Se aclara la sentencia de que da cuenta el anterior aparte de este Indice 264

Ley 38 de 1945. — Se abstiene la Corte de resolver sobre la inconstitucionalidad del aparte c), ordinal 1º del aparte d), ordinal 2º del artículo 7º y del artículo 122 .. 282

Londoño Luisa contra Amelia Estrada de Jaramillo y otros. — Ordinario sobre nulidad de una partición extrajudicial de un inmueble 63

López Betsabé contra Amalia Toro de Restrepo y otros (herederos de Fortunato Restrepo) — Ordinario sobre filiación natural 478

López Lucas Marino. — Se decide que no hay lugar a imponer sanciones por faltas en el ejercicio profesional 842

Lozano Arciniegas Jorge. — Oposición a la propuesta Nº 519 de la Sociedad Chibcha Petroleum Company sobre exploración y explotación de petróleos 853

— M —

Magistrados (Doctores Jesús Estrada Monsalve, Agustín Gómez Prada y José J. Gómez R). Se resuelven los impedimentos manifestados por estos Magistrados para conocer de la demanda de inconstitucionalidad del Capítulo XXII de la ley 167 de 1941 9

Magistrados y Conjueces del Tribunal Superior de Cartagena (Doctores Augusto Miranda, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez B., Mario Alirio Di Filippo, Ramón Mercado, Francisco de P. Manotas, Pedro Pacheco Osorio y Alberto H. Torres) Sobreseimiento definitivo a su favor 806

Martín Alfredo y otros contra la Nación. — Se resuelve que no hay lugar a declarar nulo lo actuado en este ordinario 874

Martín Alfredo y otros contra la Nación. — Se revoca el auto de que se da cuenta en el aparte anterior de este Indice 878

Martínez Martínez Henrique. — Se confirma la sentencia apelada, dictada en el sumario seguido contra éste 825

Martínez Sandoval Luis Antonio. — Casación por Homicidio 502

Matiz, Domitila Ulloa de, contra Pablo Emilio López y otros. — Ordinario reivindicatorio 81

Mejía Apolinar contra Alfonso García B. y otro. — Acción reivindicatoria 386

Mejía Villegas Hernán contra Pedro Pablo Cardona. — Ordinario sobre resolución de un contrato 52

Mellizo Humberto. — Casación por estafa .. 518

Méndez Carlos Enrique. — Sobreseimiento definitivo a su favor 127

Mesa Morales José Alberto contra Félix Antonio Mesa Morales. — Ordinario sobre simulación 673

Mojica Rivadeneira Alvaro. — Se revoca el sobreseimiento definitivo a su favor por faltas en el ejercicio de la profesión de abogado 856

Mora Angarita Gabino y otra contra Gonzalo Mora y otra. — Ordinario sobre simulación 729

Morales Gómez Eduardo. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor por los cargos de prevaricato y abuso de autoridad 802

Mosquera y Mosquera Neftalí. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor 511

Múnera Francisco contra el Departamento del Chocó — Ordinario sobre incumplimiento de contratos administrativos 154

— N —

La Nación contra Esteban Sierra. — Acción reivindicatoria de unos terrenos baldíos . 602

Namen Demetrio contra Faillace Hermanos, sucesores, en liquidación. — Juicio ordinario. — Recurso de hecho 722

Navas Muñoz Oliverio. — Casación por hurto 792

— O —

Ortega Ortiz Aníbal. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél por robo 144

Ortiz, Aurelia Díaz v. de, contra la sucesión de Daniel Ortiz Herrera. — Acción de exclusión de bienes de unos inventarios . . . 397

Osorio Luis Angel contra Guillermo Galindo Cruz. — Acción de dominio 392

— P —

Páez Durán Guillermo. — Casación por homicidio y lesiones personales 838

París Gabriel (Brigadier General) — Acta de posesión como Presidente Encargado de la República 265

Parra Luis Hernando y otros. — Colisión de competencias 813

Parra Londoño Alberto. — Colisión de competencias 114

Peñarete Castellanos Publio Horacio contra la sucesión de Servando Peñarete o Castellanos. — Ordinario sobre nulidad de un testamento 742

Pérez, Mercedes Sierra v. de, Juicio de sucesión — Se ordena la entrega de unos documentos al juez del conocimiento 891

Porras Gabriel Francisco. — Se declara infundado el impedimento manifestado por este Magistrado para conocer de un proceso penal 516

Posada Arturo C. Se absuelve a este Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá de los cargos formulados por actuaciones en la tramitación de un proceso civil 267

Posada Daniel y otros contra Luis Bravo y otros. — Oposición a un deslinde 102

— R —

Ramírez María del Carmén y otras contra Inocencio Ocampo. — Ordinario sobre simulación de un contrato 19

Ramírez Ospina Camilo. — Se cancela la matrícula de abogado a este profesional . . . 869

Ramírez Ospina Camilo. — No se accede a aclarar la sentencia a que se refiere el aparte anterior de este Indice 870

Ramos o Escobar de Rodríguez Lucila contra la sucesión de Assaf Jorge Brenk Surete. Ordinario sobre filiación natural 291

Rangel Salomón y otros contra Saúl Rangel Villalba. — Ordinario reivindicatorio . . . 385

Reina, María Antonia López, de, — Casación por lesiones personales 137

Repizo Lugo Abel. — Colisión de competencias 116

Restrepo Echandía Francisco. — Extinción de la acción penal por muerte del procesado e inexistencia del hecho imputado . . 778

Rivas Sacconi Jesús Medardo. — Proposición aprobada en Sala Plena con motivo de su fallecimiento 628

Rivero Morales Rafael contra Enrique Torres Acción rescisoria de un contrato de venta por inexistencia de la cosa vendida en el momento de perfeccionarse el contrato ... 678

Robledo, Teresa Avendaño de, (heredera de Octavio Robledo Avendaño) contra el Municipio de Manizales. — Ordinario sobre perjuicios por incumplimiento de un contrato de bienes ocultos 761

Rodríguez León Miguel. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra éste 552

Rojas Ospina Guillermo. — Juicio contra este abogado por faltas contra el decoro y la delicadeza profesionales 231

Rojas Pinilla Gustavo (Teniente-General) Se

le concede permiso para salir del país en su calidad de Presidente de la República . 623

Rosales Luis Felipe. — Proposición por la cual la Corte deplora su fallecimiento . . 628

Rosas Angélica contra Jesús Bernal. — Ordinario sobre liquidación y partición de una sociedad 377

Rubio Rubio Eduardo contra los sucesores de Angel María Palma. — Ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho . . . 401

Rueda Uribe Pedro Nel. — Se ordena cesar todo procedimiento contra él 505

Ruiz Carlos A. contra el Municipio de Medellín. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 709

Ruiz, Pastora Morillo de, — Juicio de sucesión 47

— S —

Saavedra Ocampo Pedro Antonio. — No se accede a declarar desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél ... ...,... 558

Saavedra Tenorio Luis.. — Se confirma la proceso contra aquél por prevaricato y Cesación del procedimiento decretada en el abuso de autoridad 134

Salcedo Morales Jorge contra Alfredo Muñoz y Droguería Jaramillo Mora & Cía., Acción rescisoria de un contrato de compraventa por vicios ocultos de la cosa . .. 448

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Barrera Parra a la sentencia de Sala Plena que declaró inexequibles los artículos 261 y siguientes de la ley 167 de 1941 260

Del Magistrado Dr.. Cuervo Arango a la misma sentencia 261

De los Magistrados Dres. Estrada Monsalve y Sarasty a la sentencia de que se viene haciendo referencia 262

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Barrera Parra, Gómez Posse, Hernández Arbeláez y Pardo Dávila a la decisión, por la Sala de Casación Civil, del recurso de hecho interpuesto en el ordinario de Demetrio Namen contra Faillace Hermanos sucesores, en liquidación 728

Salvamento de voto del Magistrado Dr.. José J. Gómez R. a la sentencia dictada en el juicio seguido por Teresa Avendaño de Robledo contra el Municipio de Manizales . 769

Sánchez, María del Rosario Escandón v. de, contra Vicente Saldarriaga y otros. — Objeciones a una partición 663

Sandoval Mariana (en nombre de Myriam y Luis Alfonso Sandoval) contra la sucesión de Rafael Ospina. — Ordinario sobre filiación natural 473

Sellarés, Edith Durret de, contra Ciro Castillo. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 435

Sepúlveda Domingo y otro. — Casación por homicidio y robo 526

Serrano Nelson contra los herederos de Francisco Rivera Escobar. — Ordinario sobre simulación 352

Silva Roberto y otros contra la Nación. — Ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos y oposición a la propuesta número 538 de Gabriel Carrizosa Abello 179

Soto del Corral Jorge. — Proposición aprobada en Sala Plena por la cual se deplora su fallecimiento 628

Suárez Montejo Antonio. — Casación por homicidio 815

— T —

"Tejar de Santa Mónica S. A." contra Carlos A. Sardi G. — Ordinario sobre pago de una suma de dinero 372

The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y los Departamentos del To-

lima, Huila y Caldas. — No se accede a decretar la nulidad solicitada en este juicio 150

The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Huila y Caldas. — Se mantiene el auto suplicado de que trata el anterior aparte de este Indice 151

Torres Abraham contra Luisa María Torres, v. de Flórez y otros. — Résolución de un contrato de compraventa 753

Torres Cubillos Isaías. — Casación por falsedad en documento 145

Tréjos Sáenz Gabriel. — Colisión de competencias 556

Trujillo Gómez Alfonso y otro contra Francisco Tamayo y otras. — Ordinario sobre nulidad de una promesa de permuta . . . 758

— U —

Urrea Duque Luis Edilardo. — Casación por extorsión y chantaje 536

— V —

Vaca Torres Pedro A. contra la Sociedad Cooperativa de Transportes de Oriente Limitada. — Demanda sobre pago de unos honorarios. 444

Vargas María Edelmira contra Concepción Cufiño v. de Nieto y otra. — Ordinario sobre filiación natural 437

Vásquez Pedro Enrique. — Casación por homicidio 821

Valencia María o María Rosa y Roberto Jaramillo. — Juicios de sucesión acumulados 40

Valencia María Javier y otros. — Colisión de competencias 560

Velásquez, Mercedes Uribe vda. de, contra Eloísa Vasco de Palomeque y otros. - Ordinario sobre pago de una suma de pesos . 312

Velásquez R. Joel contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 881

Vélez, Carmen Emilia Zapata v. de, (en representación de Gladys, Luz Mery y Cecilia Zapata o Moncada) contra los herederos de Luis Angel Moncada. — Ordinario sobre filiación natural 333

Vélez Sánchez Alfonso contra Marco Tulio Cadavid. — Juicio ordinario 105

— W —

Wallis López Luciano. — Se declara infundado el impedimento manifestado por este Magistrado para conocer de un proceso penal 812

— Y —

Yepes Bermúdez Roberto contra Eduardo Vallejo. — Ordinario sobre pago de una comisión 10

ERRATAS ADVERTIDAS

Pág. 114. Columna 1ª renglón 23. Dice: "en lugar". Léase: "en el lugar".

Pág. 388. Columna 1ª renglón 14. Dice "El título de su causahabiente". - Léase "El título de su causante".

Pág. 389. Columna 2ª renglón 34. "El título de su causahabiente". Léase "El título de su causante".

Pág. 407. Columna 2ª renglón 38. Dice: "o restituírlas dobladas". Léase: "o exigirlas dobladas".

Pág. 407. Columna 2ª renglón 17. Dice: "se diferencian de aquélla en cuanto ésta". Léase: "se diferencia en cuant oésta".

Pág. 407. Columna 1ª renglón 24. Dice: "los autores utilizan con el nombre de". Léase: "los autores bautizan con el nombre de".

Pág. 408. Columna 1ª renglón 53. Dice: "a fin de que se otorgue la promesa". Léase: "a fin de que se otorgue la correspondiente escritura de venta".

Pág. 414. Columna 1ª renglón 16. Dice: "o restituírlas dobladas". Léase: "o exigirlas dobladas".

Pág. 462. Columna 2ª renglón 37. Dice: "se ha otorgado con las leyes". Léase: "se ha otorgado de conformidad con las leyes".

Pág. 473. Columna 1ª renglón 16. Léase: "resulta otorgándosele el valor de que carece, o negándosele el que tiene, según esté texto".

Pág. 581. Columna 1ª renglón 4. Dice: "avistante". Léase: "avisante".

Pág. 581. columna 1ª renglón 49. Dice "avistente". léase "avisante".

Pág. 646. Columna 1ª renglón 21. Léase: "Capítulo II, Título IV, del Libro II".

Pág. 782. Columna 2ª renglón 12. Dice: "tanto vale lo real como lo punitivo". Léase: "tanto vale lo real como lo putativo".

Pág. 881. columna 1ª renglón 2ª. Léase abriendo comillas en "si el naufragio...

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.